Deutscher Bundestag **Drucksache 18/9860**

18. Wahlperiode 30.09.2016

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Einundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission 2016

Zugeleitet mit Schreiben des Bundeskanzleramtes vom 30. September 2016 gemäß § 44 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis

Tabellenverzeichnis

Vorwort

[1.] Gemäß § 44 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[1] legt die Monopolkommission der Bundesregierung ihr Einundzwanzigstes Hauptgutachten vor mit dem Titel

XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016

[2.] Das Hauptgutachten besteht wie bisher aus einem Kapitel, in dem in kürzerer Form unterschiedliche aktuelle wettbewerbspolitische Themen behandelt werden, drei Kapiteln zur Konzentrationsentwicklung und zur Würdigung der Amtspraxis der Kartellbehörden sowie einem weiteren Kapitel, in dem die Monopolkommission ausführlich zu einem aus ihrer Sicht wichtigen aktuellen Thema Stellung nimmt. In diesem Hauptgutachten ist das die Digitalisierung herkömmlicher Märkte im Rahmen der sogenannten Sharing Economy und der Finanzmärkte. Die Monopolkommission knüpft damit an Themenschwerpunkte des XX. Hauptgutachtens, dass sich ausführlich mit dem Wettbewerb auf Finanzmärkten und in einem kürzeren Kapitel mit dem Wettbewerb auf Taximärkten befasst hatte sowie an ihr Sondergutachten 68 zum Wettbewerb auf digitalen Märkten an.

[3.] Kapitel I behandelt aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

- Am 1. Juli 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vorgelegt. Der Referentenentwurf enthält drei Schwerpunkte: die Anpassung des Gesetzes an die Digitalisierung der Wirtschaft, die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch Geschädigte sowie die bußgeldrechtliche Haftung im Konzern und bei der Rechtsnachfolge. Die Monopolkommission begrüßt im Wesentlichen die Vorschläge zur Anpassung der Missbrauchsregeln. Eine Erweiterung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifkriterien um einen Transaktionswert hatte sie in ihrem Sondergutachten 68 angeregt. Die Erweiterung der Möglichkeiten von Pressekooperationen könnte aus ihrer Sicht genutzt werden, um den Schutz der Meinungsvielfalt genauer vom Wettbewerbsschutz abzugrenzen. Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie dürfte es Kartellgeschädigten zukünftig erleichtern, ihre Schadenersatzforderungen geltend zu machen und somit die Kartellrechtsdurchsetzung verbessern. Dieser Effekt könnte durch gezielte Anpassungen des Referentenentwurfs nach Auffassung der Monopolkommission noch verstärkt werden. Die Regelungen zur Bußgeldhaftung führen in der Sache zur weitgehenden Übernahme des EU-Unternehmensbegriffs in das deutsche Recht und setzen insofern eine Empfehlung der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 72 um. Die vorgeschlagene neue Regelung zur Verbesserung der Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Landesmedienanstalten, der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Datenschutzbehörden dürfte die Zusammenarbeit von Kartell- und Datenschutzbehörden vereinfachen und kann dazu beitragen, die Medienkonzentrationskontrolle zu effektivieren.
- In Anbetracht des wachsenden Luftverkehrs und begrenzter Möglichkeiten zum Ausbau von Flughäfen kommt der effizienten Nutzung vorhandener Flughafenkapazitäten eine wichtige Rolle für den Luftverkehrsstandort Deutschland zu. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission die Festlegung von Flughafenentgelten einer zentralen Behörde zu übergeben und Liberalisierungsprozess auf dem Markt für Bodenverkehrsdienste konsequent weiterzuführen.
- Die zentrale Vermarktung von Sportübertragungsrechten wirft wegen der damit einhergehenden potenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ökonomische und kartellrechtliche Fragen auf. In Anlehnung an den aktuellen Beschluss des Bundeskartellamtes zur Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte hat sich die Monopolkommission mit den Besonderheiten des Marktes für Sportübertragungsrechte auseinandergesetzt. Die Analyse geht auf die relevanten Produkte, die Marktabgrenzung, die möglichen Wettbewerbsbeschränkungen und damit möglicherweise verbundene Effizienzen ein. Die Monopolkommission empfiehlt eine klare gesetzliche Definition der Übertragungsrechte und eine eindeutige Zuweisung der Rechte an die entsprechenden Rechteinhaber. Sie rät dazu, bei künftigen Beurteilungen von Zentralvermarktungsmodellen

---

[1] BGBl. I S. 2014. Ein Auszug aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 44 bis 47 GWB) ist im Anhang des Gutachtens (Teil C) abgedruckt.

Zuschauerbefragungen stärker zu berücksichtigen und international allgemeine Prüfungsmaßstäbe festzulegen.

[4.] Kapitel II des Hauptgutachtens enthält eine Fortschreibung der Analyse der aggregierten Unternehmenskonzentration. Die Monopolkommission erfasst die nach inländischer Wertschöpfung hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2014 und stellt die Summe der inländischen Wertschöpfung dieser Unternehmen der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße gegenüber. In Verbindung mit einer Betrachtung der Verflechtungen zwischen den Großunternehmen zeigt sich, dass die branchenübergreifende Unternehmenskonzentration in Deutschland leicht rückläufig ist.

[5.] In Kapitel III setzt die Monopolkommission die im Achtzehnten Hauptgutachten begonnene Untersuchung zur Entwicklung und Wirkung von Unternehmensverflechtungen durch kapitalmäßige Minderheitsbeteiligungen in EU-Mitgliedstaaten (zuzüglich Norwegen und der Schweiz) fort. In diesem Zusammenhang wird auch der Rolle nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen im Rahmen einer möglichen Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrollverordnung nachgegangen. Darüber hinaus wird erstmalig die Bedeutung institutioneller Investoren – wie etwa Bankengruppen, Versicherungen, Vermögensverwaltungen und Investmentfonds – für den Wettbewerb zwischen deren Portfoliounternehmen untersucht. Die Monopolkommission sieht derzeit keinen dringenden Bedarf zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrolle auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen zwischen horizontal oder vertikal verflochtenen Unternehmen. Sie regt jedoch an, indirekten Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen institutioneller Anleger zukünftig mehr Aufmerksamkeit beizumessen, da mögliche wettbewerbsverzerrende Effekte nicht auszuschließen sind.

[6.] In Kapitel IV würdigt die Monopolkommission die kartellrechtliche Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum des Gutachtens. Das betrifft in erster Linie das deutsche Kartellrecht mit der Anwendung der Vorschriften zum Kartellverbot, zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zur Fusionskontrolle. Einen zweiten Schwerpunkt bilden die Ausführungen zur Entscheidungspraxis der europäischen Fusionskontrolle. Neben der amtlichen Entscheidungspraxis werden auch Gerichtsentscheidungen in die Betrachtung mit einbezogen, soweit sie im Sinne des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission für die Berichterstattung relevant sind. Des Weiteren beschäftigt sich die Monopolkommission eingehend mit der Ex post-Evaluation von Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden. Sie zeigt die Vor- und Nachteile relevanter Evaluationsmethoden exemplarisch anhand der bisherigen Anwendungspraxis der Behörden unter Berücksichtigung des aktuellen Stands wissenschaftlicher Erkenntnisse auf.

[7.] In Kapitel V diskutiert die Monopolkommission neuere Entwicklungen im Bereich der digitalen Ökonomie. Zum einen beschäftigt sie sich mit der Sharing Economy und den von dieser ausgehenden Wettbewerbswirkungen. In diesem Zusammenhang geht sie näher auf Vermittlungsdienste für Fahrdienstleistungen sowie Vermittlungsdienste für die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften ein. Aufbauend auf ihrer Analyse unterbreitet sie Regulierungsempfehlungen zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs zwischen Unternehmen der Sharing Economy und traditionellen Anbietern. Zum anderen untersucht die Monopolkommission die Entwicklung der Digitalisierung auf den Finanzmärkten. Sie konzentriert sich dabei auf neue Geschäftsmodelle, die in den Wettbewerb zum herkömmlichen Angebot von Finanzdienstleistungen treten, insbesondere sogenannte Finanztechnologie- bzw. FinTech-Dienste. Im Falle einer Anpassung der gesetzlichen und behördlichen Regulierung sollte das Augenmerk insbesondere darauf liegen, die Entwicklung von Standards und zueinander kompatiblen Lösungen zu fördern. Außerdem sind die Auswirkungen regulatorischer Maßnahmen auf grenzüberschreitende Angebote zu beachten.

[8.] Zur Vorbereitung des XXI. Hauptgutachtens war die Monopolkommission wieder auf die Mitarbeit und den fachlichen Rat von Sachverständigen aus den verschiedensten Bereichen angewiesen. Die Kommission dankt allen im Gutachten genannten Wissenschaftlern sowie Angehörigen von Behörden, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

[9.] Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, die Vizepräsidenten Herr Dr. Peter Klocker, ab September 2015 Herr Prof. Dr. Konrad Ost, LL.M. sowie die zuständigen Beamten aus den Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung haben zu den Vorarbeiten maßgeblich beigetragen. Sie haben der Monopolkommission und ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern in gemeinsamen Sitzungen und zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit zur Erörterung der Entscheidungspraxis wie auch allgemeiner wettbewerbspolitischer Fragestellungen gegeben.

[10.] Die Unternehmen aus dem Berichtskreis der Untersuchungen zur aggregierten Konzentration stellten mit teilweise erheblichem Aufwand Jahresabschlussdaten für ihre inländischen Konzernteile zusammen. Das Bundeskartellamt lieferte der Monopolkommission Angaben zur Beteiligung der „100 Größten“ an den gemäß § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Zusammenschlüssen sowie an der Anzahl der Freigabeentscheidungen. Ferner übermittelte das Bundeskartellamt aktuelle Informationen zu den Untersagungsfällen. Das Statistische Bundesamt stellte der Monopolkommission gesamtwirtschaftliche Daten zu der Anzahl der Beschäftigten, den Branchenumsätzen sowie der Wertschöpfung zur Verfügung.

[11.] Im Rahmen der Vorbereitung der Stellungnahme zur Flughafenregulierung haben die Monopolkommission und Mitarbeiter des wissenschaftlichen Stabs Gespräche geführt mit:

- Vertretern des Verbandes der Fluggesellschaften (BDF)
- Alexander Holzrichter (Deutsche Lufthansa)
- Ramona Klopfer (Deutsche Lufthansa)
- Stephan Weidenhiller (Thomas Cook/Condor)
- Hermann Lindner (Air Berlin)
- Vertretern des Verbandes der Flughäfen (ADV)
- Franziska Wagner (Flughafen Berlin Brandenburg)
- Klaus Knöpfle (Vereinigung der Dienstleister an Deutschen Flughäfen e. V.)
- Vertretern des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur
- Henriette Peucker
- Prof. Dr. Hans-Martin Niemeier (Hochschule Bremen)
- Prof. Dr. Frank Fichert (Hochschule Worms)

[12.] Im Rahmen der Vorbereitung der Stellungnahme zur wettbewerblichen Bedeutung institutioneller Investoren im Rahmen von Kapitel III haben die Monopolkommission und Mitarbeiter des wissenschaftlichen Stabs Gespräche geführt mit:

- Bundesverband Investment und Asset Management e. V. (BVI)
- Deutscher Investor Relations Verband (DIRK)
- Henning Gebhardt (Deutsche Asset Management)

[13.] Mit Vertretern der Europäischen Kommission – dem Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb, Herrn Johannes Laitenberger, Herrn Rainer Wessely, Herrn Thomas Kramler und Herrn Ulrich von Koppenfels – hat die Monopolkommission über Themen der europäischen Fusionskontrolle, die Wettbewerbsentwicklung auf digitalen Märkten sowie die Öffnung von Taximärkten gesprochen.

[14.] Im Rahmen der Vorbereitung ihrer Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle hat die Monopolkommission zu Fragen der Fusionskontrolle schriftliche Stellungnahmen von folgenden Institutionen eingeholt:

- dem Bundesverband deutsche Startups e. V.
- der Senatorin für Wirtschaft, Technologie und Forschung in der Berliner Landesregierung

Außerdem hat sie zu diesem Thema Gespräche mit Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und anderer öffentlicher Institutionen geführt.

[15.] Zur Vorbereitung der Stellungnahme zur Sharing Economy hat die Monopolkommission mehrere Verbände, Institutionen und Marktteilnehmer schriftlich befragt. Stellung genommen haben:

- Airbnb Germany GmbH
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
- Deutscher Hotel- und Gaststättenverband e. V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
- Deutscher Städte- und Gemeinbund
- Deutscher Städtetag
- Deutscher Taxi- und Mietwagenverband e. V.
- Deutscher Tourismusverband e. V.
- Hotelverband Deutschland e. V.
- Taxi Deutschland Servicegesellschaft für Taxizentralen eG
- Taxiverband Deutschland e. V.
- Uber B. V.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.
- Wimdu GmbH

[16.] Im Nachgang zum Sonderkapitel zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den Finanzmärkten im Zwanzigsten Hauptgutachten und zur Vorbereitung des in diesem Gutachten vorgelegten Abschnitts zur Digitalisierung auf den Finanzmärkten hat die Monopolkommission schriftliche Stellungnahmen der folgenden Institutionen eingeholt:

- Bundesministerium der Finanzen
- Länderministerien der Finanzen
- Deutsche Bundesbank
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
- Bundesverband deutsche Banken (Bankenverband e. V., BdB)
- Bundesverband der Volks- und Raiffeisenbanken e. V. (BVR)
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV)

Außerdem haben Vertreter der Monopolkommission im Rahmen eines fortgesetzten Austauschs zur Wettbewerbsentwicklung auf den Finanzmärkten Gespräche mit Vertretern der Europäischen Kommission, der Deutschen Bundesbank, des Bundeskartellamtes und von einzelnen Finanzdienstleistern geführt.

[17.] Am 17. März 2016 ist Herr Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M. als Vorsitzender und als Mitglied der Monopolkommission zurückgetreten. Anlass für den Rücktritt war die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Energie, die Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB im Fall des Zusammenschlusses Edeka/Kaiser's Tengelmann unter Nebenbestimmungen zu erteilen.[2] Die Ministererlaubnis sei im vorliegenden Fall, so Zimmer in seiner Begründung, unter Gemeinwohlaspekten die schlechteste aller Lösungen und eine äußerst problematische wirtschaftspolitische Entschei-

---

[2] Vgl. BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01.

dung. Die Monopolkommission habe einstimmig das Gegenteil empfohlen; unter diesen Umständen sei eine Fortführung seiner Tätigkeit in der Monopolkommission nicht mehr sinnvoll.[3] Herr Prof. Zimmer wurde zum 1. Juli 2008 Mitglied der Monopolkommission und führte diese als ihr Vorsitzender ab dem 1. Juli 2012. Die Monopolkommission bedankt sich bei ihm für die außerordentlich engagierte und wertvolle Arbeit.

[18.] Die Monopolkommission hat am 18. März 2016 aus ihrer Mitte Herrn Prof. Achim Wambach, Ph.D. als neuen Vorsitzenden gewählt. Mit Wirkung zum 1. Juli 2016 hat der Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. von der Universität Regensburg zum Mitglied der Monopolkommission ernannt. Seine Amtsperiode dauert bis zum 30. Juni 2020. Herr Prof. Kühling war an der Erarbeitung des vorliegenden Hauptgutachtens nicht beteiligt. Für jeweils eine weitere Amtsperiode der Monopolkommission vom 1. Juli 2016 bis zum 30. Juni 2020 berufen wurden Frau Dagmar Kollmann und Frau Dr. Angelika Westerwelle. Die Amtszeiten von Herrn Dr. Thomas Nöcker und Herrn Prof. Achim Wambach, Ph.D. als Mitglieder der Monopolkommission enden jeweils am 30. Juni 2018.

[19.] Die Vorarbeiten zu diesem Zweijahresgutachten und zu den Sondergutachten in dieser Berichtsperiode wurden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission geleistet. Dem wissenschaftlichen Stab gehörten in diesem Zeitraum Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank als Generalsekretär, Frau Dr. Juliane Scholl als Geschäftsführerin sowie Herr Dr. Marc Bataille, Herr Dr. Oliver Bischoff, Frau Katja Greer, Frau Xenia Löckmann, Herr Daniel Richter, Frau Dr. Julia Rothbauer, Herr Dr. Per Rummel, LL.M., Herr Nils-Peter Schepp, Herr Dr. John Weche und Herr Dr. Thomas Weck, LL.M. an. Bis zu ihrem Ausscheiden mitgewirkt haben zudem Herr Dr. Achim Buchwald und Herr Dr. Alexander Steinmetz. Bei der Erstellung des Gutachtens haben außerdem Frau Marion Schadowski und Frau Elke Windscheidt mitgewirkt. Die Monopolkommission dankt allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die geleistete Arbeit, die insbesondere in der Schlussphase des Gutachtens weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

Bonn, den 20. September 2016

Achim Wambach

Dagmar Kollmann Jürgen Kühling Thomas Nöcker Angelika Westerwelle

---

3 Vgl. Zimmer, D., Persönliche Presseerklärung vom 17. März 2016, http://www.monopolkommission.de/index.php/de/homepage/ 84-pressemitteilungen/312-ruecktritt-des-vorsitzenden-der-monopolkommission-wegen-ministererlaubnis-fuer-edeka-kaiser-s-tengelmann, Abruf am 17. März 2016.

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

Flughafenregulierung

Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga

Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

Kurz gefasst

Das Gesetzgebungsverfahren zur Neunten GWB-Novelle dauert derzeit noch an. Am 1. Juli 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vorgelegt, der nun als Ausgangspunkt für die Abstimmung innerhalb der Regierung und die parlamentarische Debatte dienen wird. Die Monopolkommission untersucht in diesem Kapitel die einzelnen Regelungsvorschläge des Referentenentwurfs. Aus der Analyse ergeben sich Empfehlungen, wo und wie die geplanten Regelungen im Gesetzgebungsverfahren noch verbessert werden können.

Ein Schwerpunkt des Referentenentwurfs bildet die Anpassung an die voranschreitende Digitalisierung der Wirtschaft. Der Entwurf sieht Änderungen bei der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht, Erleichterungen bei Pressekooperationen sowie Möglichkeiten zu einer verbesserten behördlichen Zusammenarbeit vor. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem Sondergutachten 68 zu Wettbewerbsproblemen auf digitalen Märkten geäußert und eine Reihe von Empfehlungen erarbeitet. Der Referentenentwurf greift unter anderem ihren Vorschlag auf, den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle zu erweitern und sich dabei am Wert der Transaktion zu orientieren. Dadurch werden Schutzlücken der Fusionskontrolle geschlossen, die nach geltender Rechtslage dadurch entstehen, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreicht haben müssen, damit eine Kontrollmöglichkeit seitens der Kartellbehörden eröffnet ist. Das neue Aufgreifkriterium ist nach Auffassung der Monopolkommission auch so formuliert, dass keine Gefahr besteht, die Entwicklung deutscher Start-ups zu behindern. Die geplanten Änderungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht sind nach Ansicht der Monopolkommission vertretbar. Kritischer bewertet sie die Erleichterung von Kooperationsmöglichkeiten im Pressesektor. Allerdings dürfte der Anwendungsbereich der geplanten Regelung wegen des Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts eng begrenzt bleiben. Positiv zu beurteilen ist hingegen die vorgesehene Möglichkeit des Datenaustauschs zwischen Kartellbehörden einerseits und Datenschutzbehörden sowie Landesmedienanstalten andererseits.

Ein weiterer zentraler Inhalt des Referentenentwurfs ist die Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie in das deutsche Recht. Die Schadenersatzrichtlinie zielt darauf ab, die Durchsetzung von Schadenersatzklagen durch Kartellgeschädigte zu erleichtern und so die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu verbessern. Außerdem sollen durch die Regelungen der Richtlinie die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung koordiniert werden. Die Monopolkommission analysiert in diesem Kapitel, wo im deutschen Recht Umsetzungsbedarf besteht. Unter Berücksichtigung des Referentenentwurfs stellt sie dar, wie die Regelungen der Richtlinie so umgesetzt werden können, dass ein ökonomisch sinn-volles und konsistentes Regelungssystem entsteht. Mit der Offenlegung von Beweismitteln, der Verjährung, der gesamt-schuldnerischen Haftung, der Abwälzung des Preisaufschlags und der Ermittlung des Schadensumfangs werden Themen behandelt, die im Zivilverfahren von höchster praktischer Relevanz sind. Die Monopolkommission geht außerdem der Frage nach, ob der in der Richtlinie verwendete Begriff des „Unternehmens“ im Widerspruch zu den Haftungsgrundsätzen des deutschen Zivilrechts steht. Abschließend macht die Monopolkommission Empfehlungen zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes im Wettbewerbsrecht.

Weiterhin sieht der Referentenentwurf vor, dass die bußgeldrechtliche Haftung für Kartellrechtsverstöße im deutschen Recht weiter an die Haftungsgrundsätze des europäischen Rechts angeglichen wird. Eine Abkehr vom einheitlichen Regelungssystem des deutschen Bußgeldrechts soll nach dem Entwurf vermieden werden. In der Sache führt die vorgeschlagene Rechtsänderung allerdings dazu, dass die bußgeldrechtliche Haftung für Kartellrechtsverstöße weitgehend auf das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit erstreckt wird. Die Rechtsänderung entspricht insofern einer Empfehlung im Sondergutachten 72 der Monopolkommission und ist aus ihrer Sicht zu begrüßen.

Im Referentenentwurf finden sich Platzhalter für eine mögliche Anpassung der Regelungen zum Anzapfverbot und zu dem Verbot von Untereinstandspreisen im Lebensmitteleinzelhandel. Die Monopolkommission spricht sich für eine Aufhebung des Kausalitätserfordernis beim Anzapfverbot und gegen eine Entfristung des Untereinstandspreisverbots für Lebensmittel aus. Auch eine Definition von Untereinstandspreisen im Gesetz sieht sie kritisch.

Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

1. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. Juli 2016 einen Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vorgelegt.[1] Der Referentenentwurf dient der Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie, die bis zum Jahresende 2016 zu erfolgen hat.[2] Daneben enthält er Änderungen in verschiedenen Bereichen des deutschen Kartellrechts, mit denen auch mehrere Empfehlungen der Monopolkommission umgesetzt werden.[3] Mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft sieht der Referentenentwurf insbesondere Anpassungen der Missbrauchs- und der Fusionskontrolle vor.[4] Weitere Regelungen sollen verbliebene Rechtslücken im Bereich der Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei kartellrechtlichen Geldbußen schließen.[5] In Umsetzung des Koalitionsvertrages enthält der Referentenentwurf außerdem neue Regelungen zur kartellrechtlichen Behandlung von Kooperationen von Presseunternehmen.[6] Schließlich trifft er eine Regelung zur Verbesserung der Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Landesmedienanstalten, der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Datenschutzbehörden. Die Monopolkommission nimmt im Folgenden zu den Neuregelungen Stellung.[7]

2. Die Monopolkommission würdigt zunächst die Neuregelungen zur Anpassung an die Digitalisierung (Abschnitt 1), thematisch untergliedert in die Bereiche der Missbrauchsaufsicht (Abschnitt 1.1), der Fusionskontrolle (Abschnitt 1.2), der Behandlung von Pressekooperationen (Abschnitt 1.3) und der behördlichen Zusammenarbeit (Abschnitt 1.4). Im Anschluss analysiert sie die Regelungsvorschläge zur Umsetzung des EU-Rechts in Bezug auf Schadenersatzklagen (Abschnitt 2) und die Erweiterung der Haftung auf das Unternehmen bei Kartellrechtsverletzungen (Abschnitt 3).

1 Anpassung an die Digitalisierung

3. Ein Schwerpunkt des Referentenentwurfs (Ref-E) liegt auf der Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die voranschreitende Digitalisierung der Wirtschaft. Die damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Geschäftsfeldern habe einen gewissen Anpassungsbedarf im GWB erkennen lassen. Im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft sollen durch die 9. GWB-Novelle eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt werden. Die Novelle soll darüber hinaus den Handlungsspielraum von Presseunternehmen angemessen erweitern. Schließlich sollen die Möglichkeiten der behördlichen Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden einerseits und den Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern sowie den Landesmedienanstalten und der KEK andererseits verbessert werden.[8]

1.1 Sicherstellung einer effektiven Missbrauchskontrolle

4. Der Gewährleistung einer effektiven Missbrauchskontrolle soll die gesetzliche Klarstellung, dass ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann, dienen. Daneben ist die Aufnahme von Kriterien zur Bewer-

---

1 BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), http://www.bmwi.de/DE/Themen/wirtschaft,did=772498.html, Abruf am 5. Juli 2016.

2 Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014 L 349/1. Dazu §§ 33 bis 33h, 89b bis 89e des Referentenentwurfs.

3 Siehe insbesondere Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015; Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015.

4 §§ 18, 35 bis 39, 43a GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

5 §§ 81 bis 81b, 186 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

6 § 30 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs; dazu: Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 13; https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf, Abruf am 5. Juli 2016.

7 § 50c GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

8 BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 1, 36 ff.

tung der Marktstellung von Unternehmen geplant, welche bei Vorliegen mehrseitiger Märkte und Netzwerke besonders zu berücksichtigen seien. Zudem ist eine Evaluation der neuen Vorschriften durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgesehen.[9]

5. § 18 Abs. 2a Ref-E enthält eine Klarstellung, wonach ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann. Laut der Begründung zum Referentenentwurf werden somit Geschäftsmodelle erfasst, bei denen Leistungen unentgeltlich angeboten werden, wie dies häufig bei mehrseitigen Märkten der Fall sei. Eine Trennung der unentgeltlichen von der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung werde der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Auch bei der Erbringung unentgeltlicher Leistungen könnten Unternehmen eine starke Marktstellung erlangen. Eine nur mittelbare Erfassbarkeit der unentgeltlichen Austauschseite und die isolierte Betrachtung von Teilbereichen könnten die effektive kartellrechtliche Prüfung erschweren. Eine ausdrückliche Klarstellung sei notwendig, weil die Marktqualität der unentgeltlichen Seite in der kartellbehördlichen und -gerichtlichen Praxis bisher zum Teil verneint worden sei.

6. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 68 zu digitalen Märkten deutlich gemacht, dass die Unentgeltlichkeit von Leistungsbeziehungen der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht.[10] Dies ist insbesondere im Hinblick auf mehrseitige Plattformen relevant, wo häufig eine Nutzergruppe kein monetäres Entgelt zu entrichten hat, weil die Finanzierung des Dienstes z. B. über Online-Werbung erfolgt. Zwar haben die Kartellbehörden in ihrer jüngeren Fallpraxis das Vorliegen eines Marktes auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen bejaht. Im Hinblick auf die Rechtsprechung, die die Annahme eines Marktes in derartigen Fällen in der Vergangenheit verneint hatte, scheint eine gesetzliche Konkretisierung aber sachgerecht.

7. Gemäß § 18 Abs. 3a Ref-E sind bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerken bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise 1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte, 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, 3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, 4. sein Zugang zu Daten sowie 5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen. Bei den genannten Kriterien handelt es sich laut Referentenentwurf um spezielle Kriterien, die insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke kennzeichnend seien und diese von traditionellen Märkten unterschieden. Diese Kriterien müssten in Zukunft im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt werden. Ihnen könne im Einzelfall eine größere Aussagekraft als den in § 18 Abs. 3 GWB aufgezählten Kriterien zukommen. Allerdings müsse wie bisher die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller gegebenen Umstände erfolgen.

8. Auch nach Auffassung der Monopolkommission sollten die genannten Faktoren im Rahmen einer Gesamtbetrachtung von den Kartellbehörden beachtet werden, sofern die zu prüfenden Sachverhalte dazu Anlass geben.[11] Eine ausdrückliche Festlegung im Gesetz erscheint zwar nicht zwingend, da bereits mehrere der im bestehenden § 18 Abs. 3 GWB enthaltenen Kriterien eine Berücksichtigung von Merkmalen mehrseitiger Märkte und Netzwerke erlauben. Zu nennen sind hier z. B. § 18 Abs. 3 Nr. 5 (rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen), Nr. 6 (der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb) und Nr. 8 (die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen). Davon abgesehen ist der Kriterienkatalog des § 18 Abs. 3 GWB nicht abschließend, sodass die Kartellbehörden weitere Kriterien bei der Prüfung heranziehen können. Eine gesetzliche Konkretisierung ist dennoch vertretbar, sofern durch die ausdrückliche Aufzählung einzelner Kriterien die Berücksichtigung weiterer wichtiger Kriterien nicht ausgeschlossen wird.

9. Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Aufzählung erscheint allerdings nicht gänzlich überzeugend. Zwar geben die ersten drei genannten Kriterien wesentliche der nach Evans/Schmalensee (2007) für Plattformmärkte relevanten Kriterien für eine Marktkonzentration wieder.[12] Ebenfalls bedeutende Kriterien wie Nutzungsbeschränkungen, z. B. in

---

9 BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 47 ff.

10 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 56, 471.

11 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 488 f.

12 Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151-179.

Form der Heterogenität der Nutzer, sowie der Grad der Differenzierung von Plattformen werden jedoch nicht ausdrücklich, sondern lediglich in der Entwurfsbegründung genannt.[13] Darüber hinaus ist zwar eine stärkere Berücksichtigung des Zugangs zu Daten aufgrund ihrer zunehmenden Bedeutung als Einsatzfaktor insbesondere im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten sinnvoll. Vergleichbares gilt für das Kriterium des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks, da die Marktmacht von digitalen Unternehmen aufgrund des häufig hohen Innovationsdrucks im Internet begrenzt sein kann. Beide Kriterien sind indes nicht ausschließlich in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke bedeutsam. Daher könnte es sich im Hinblick auf die künftige Entscheidungspraxis als problematisch erweisen, dass sie nur in diesem Zusammenhang und nicht in § 18 Abs. 3 GWB ausdrücklich genannt werden.

10. Nach § 18 Abs. 8 Ref-E soll das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in § 18 Abs. 2a und 3a Ref-E über die Erfahrungen mit diesen Vorschriften berichten. Auch die Monopolkommission hält eine Evaluierung der geplanten Vorschriften für sinnvoll. Der Zeitraum von drei Jahren erscheint angesichts der schnellen Entwicklungen in der digitalen Ökonomie sachgerecht, um erste kartellbehördliche Erfahrungen zu bewerten. Die vorgesehene Frist dürfte allerdings zu kurz bemessen sein, um auch relevante kartellgerichtliche Entscheidungen zu erfassen.

1.2 Sicherstellung einer effektiven Fusionskontrolle

11. Neben Änderungen der Regelungen zur Missbrauchsaufsicht sollen die Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle um ein zusätzliches Kriterium in Form des „Wertes der Gegenleistung für den Zusammenschluss“ erweitert werden. Folgeänderungen betreffen die Anschluss- und die Bagatellmarktklausel sowie den Begriff des Zusammenschlusstatbestands. Außerdem werden die Informationspflichten im Rahmen der Anmelde- und Anzeigepflicht sowie das Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes ausgedehnt. Bezüglich der geplanten Änderungen soll – wie bei der Missbrauchskontrolle – eine Evaluierung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erfolgen. Schließlich wird ein Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder und mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Landesmedienanstalten ermöglicht.[14]

12. Das angesprochene neue Aufgreifkriterium ist in § 35 Abs. 1a Ref-E enthalten. Nach dieser Regelung sollen die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch Anwendung finden, wenn 1. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben, 2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 25 Mio., aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. erzielt hat, 3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 350 Mio. beträgt und 4. mindestens eines der anderen Unternehmen nach Nummer 2 im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird.

13. Durch die Einführung des Kriteriums der Gegenleistung soll eine Lücke im System der Fusionskontrolle geschlossen werden, die dadurch entstehe, dass die bisherigen Aufgreifkriterien keine Kontrolle von Erwerbsvorgängen erlaube, bei denen das erworbene Unternehmen noch keine oder nur ganz geringe Umsätze erziele, aber über erhebliches Marktpotenzial verfüge. Laut Referentenentwurf geht es insoweit darum, Innovationen zu schützen und Märkte vor strukturellen Verschließungen zu bewahren. Daher werde mit dem Kriterium der Gegenleistung für einen Zusammenschluss eine ergänzende, subsidiäre Aufgreifschwelle eingeführt. Sie erlaube die wettbewerbliche Prüfung von bestimmten Typen von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft würden, aber nur Umsätze unterhalb der geltenden sogenannten zweite Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. aufwiesen. Der hohe Kaufpreis sei in solchen Fällen häufig ein Zeichen für das Vorhandensein innovativer Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotenzial. Neben Zusammenschlüssen in der digitalen Wirtschaft wird als Beispiel, in dem ein noch fehlender Umsatz das vorhandene Marktpotenzial falsch wiedergeben könne, der Bereich privater Forschung und Entwicklung, etwa im Pharma- und Technologiesektor, genannt.

---

[13] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 50.

[14] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 72 ff.

14. Die Beibehaltung der – bereits in § 35 Abs. 1 GWB enthaltenden – weltweiten Umsatzschwelle in Höhe von EUR 500 Mio. soll sicherstellen, dass zumindest ein umsatzstarkes, mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits am Markt etabliertes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist. Mit dem ebenfalls weiterhin geltenden Erfordernis von mindestens EUR 25 Mio. erwirtschafteten Umsatzes in Deutschland (sogenannte erste Inlandsumsatzschwelle) sei zugleich sichergestellt, dass ein Erwerberunternehmen bereits in nennenswertem Umfang in Deutschland tätig sei.

15. Die Höhe des Schwellenwerts von EUR 350 Mio. sei so gewählt, dass nur gesamtwirtschaftlich bedeutendere Fälle der Fusionskontrolle unterworfen werden und dabei hinreichend Spielräume im Spannungsfeld zwischen Innovationsförderung und notwendigem Schutz vor einer Vermachtung von Märkten verbleiben. Es entstünden dadurch weder unangemessene Bürokratiekosten für Unternehmen, insbesondere für Start-ups, noch werde der Venture Capital-Markt beeinträchtigt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geht davon aus, dass der neue Aufgreiftatbestand dazu führen wird, dass in Zukunft zusätzliche Zusammenschlussvorhaben im niedrigen einstelligen Bereich einer Anmelde- und Kontrollpflicht unterliegen werden. Es legt seinen weiteren Überlegungen, z. B. zu den Kosten der Gesetzesänderung für Unternehmen und Kartellbehörden, eine Zahl von drei Fällen pro Jahr zugrunde.[15]

16. Der Verzicht auf das Erreichen der Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. wird damit begründet, dass fehlende oder geringe Umsätze sich insbesondere im digitalen Wirtschaftsbereich nicht mehr stets mit geringer wettbewerblicher Bedeutung des Unternehmens gleichsetzen lassen. Ursächlich hierfür seien vielfach ökonomische Besonderheiten innovativer Geschäftsmodelle, für deren erfolgreiche Markteinführung ein unentgeltliches oder preiswertes Angebot förderlich oder gar zwingend sei. Entgelte würden erst mit zeitlicher Verzögerung, nur für einzelne Funktionalitäten oder ab einer hinreichenden Nutzerzahl eingeführt. Auf mehrseitigen Märkten könne das Geschäftsmodell auch dauerhaft so konzipiert sein, dass ein Angebot an eine Nutzergruppe unentgeltlich erbracht werde und mittelbar über die Zahlungen anderer Nutzergruppen finanziert werde. Aus verschiedenen Gründen könnten sich aber auch diese Zahlungen erst mit zeitlicher Verzögerung einstellen.

17. Die Monopolkommission begrüßt die geplante Ergänzung der Aufgreifkriterien um ein am Transaktionsvolumen orientiertes Kriterium, weil sie Schutzlücken im bestehenden Fusionskontrollrecht schließt. Sie hat die Einführung eines derartigen Kriteriums bereits in ihrem Sondergutachten 68 – sowohl für das deutsche Recht als auch für die europäische Fusionskontrolle – empfohlen.[16] Maßgeblicher Grund hierfür ist der Umstand, dass ein hoher Wert der (Gegen-)Leistung ein wichtiges Indiz für das mit einem Unternehmen verbundene wettbewerbliche Potenzial darstellt. Auch nach Auffassung der Monopolkommission können wettbewerbliche Risiken dadurch entstehen, dass etablierte Unternehmen eine Strategie verfolgen, auf deren Grundlage potenzielle Wettbewerber mit hohem Innovationspotenzial aufgekauft werden. Der Erwerber kann dann entweder das eigene Angebotsportfolio erweitern oder auf die Nutzung des hinzu gewonnenen Innovationspotenzials verzichten, um die Attraktivität des eigenen Angebots nicht zu gefährden. Positiv ist ferner zu bewerten, dass der Referentenentwurf – dem Vorschlag der Monopolkommission entsprechend – eine branchenübergreifende und keine auf die digitale Wirtschaft beschränkte Regelung vorsieht. Denn die oben skizzierten Wettbewerbsrisiken können sich ebenso in anderen forschungsgetriebenen Branchen ergeben. Außerdem werden auf diese Weise möglicherweise auftretende Abgrenzungsprobleme vermieden.

18. Abweichend vom Vorschlag im Referentenentwurf hatte die Monopolkommission bei ihrer Empfehlung auf das Erfordernis eines weltweiten Gesamtumsatzes verzichtet und stattdessen eine höhere Schwelle – EUR 500 Mio. – für den Wert der Leistung eines der beteiligten Unternehmen angesetzt. Mit dieser Schwelle hatte sie sich an den bestehenden Aufgreifschwellen orientiert, da der Transaktionswert ein Indiz für von den Parteien erwartete Umsätze darstellen kann. Allerdings ist kaum möglich zu prognostizieren, welche Schwellenwerte sich in der Praxis als angemessener erweisen werden, um die festgestellten Schutzlücken zu füllen. Dies gilt umso mehr in Anbetracht der Tatsache, dass von dem neuen Aufgreifkriterium nicht nur Zusammenschlussvorhaben in der digitalen Wirtschaft, sondern auch z. B. in der Pharmabranche, betroffen sein werden. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission die im Referentenentwurf enthaltenen Wertschwellen für vertretbar.

---

[15] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 2, 41 ff., 43 ff., 45.

[16] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 451 ff.

19. Sowohl der Referentenentwurf als auch der Vorschlag der Monopolkommission verzichtet auf die zweite Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. Dies resultiert nach übereinstimmender Auffassung zwangsläufig aus dem Umstand, dass die zu schließende Schutzlücke gerade darin besteht, dass eines der beteiligten Unternehmen bislang keine oder sehr geringe Umsätze erwirtschaftet hat. Im Unterschied zum Vorschlag der Monopolkommission sieht § 35 Abs. 1a Nr. 4 Ref-E jedoch als weitere Bedingung für eine Anwendbarkeit der Zusammenschlussregeln eine Inlandstätigkeit des erworbenen Unternehmens voraus. Die Monopolkommission hatte auf eine entsprechende Bedingung verzichtet, weil ihrer Ansicht nach ein ausreichender Bezug zu Inlandsfällen aufgrund der ersten Inlandsumsatzschelle und des in § 185 Abs. 2 GWB verankerten Auswirkungsprinzips gewährleistet ist. Die Situation hätte somit für den begrenzten Anwendungsbereich des neuen Aufgreifkriteriums der Situation vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 entsprochen. Inwieweit das im Referentenentwurf vorgesehene Kriterium der Inlandstätigkeit zu einer weitergehenden Einschränkung des Anwendungsbereichs des deutschen Fusionskontrollrechts führen wird, bleibt insbesondere angesichts der sehr weit gefassten Formulierung, die sowohl aktuelle als auch voraussichtliche Tätigkeiten umfasst, abzuwarten.

20. Teilweise vorgebrachte Bedenken, dass durch das geplante Aufgreifkriterium die Entwicklung von Start-ups in Deutschland behindert und ein Anti-Exit-Gesetz geschaffen werde, welches Investoren abschrecke, sind nach Einschätzung der Monopolkommission unbegründet. Das neue Kriterium gilt branchenübergreifend, sodass alle Unternehmen mit nicht aussagekräftigem Umsatz einheitlich erfasst werden. Daneben werden Fälle mit Inlandsauswirkungen einheitlich erfasst, unabhängig davon, ob die beteiligten Unternehmen im In- oder Ausland tätig sind. Ferner liegen vergleichbare Schwellenwerte in ausländischen Rechtsordnungen, z. B. in den USA, noch unter den für die deutsche Fusionskontrolle vorgeschlagenen Werten.[17] Darüber hinaus erinnert die Monopolkommission daran, dass sie eine entsprechende Erweiterung der Aufgreifkriterien auch für die europäische Fusionskontrolle empfohlen hat. Die Bundesregierung sollte auf eine entsprechende Änderung der Verordnung 139/2004 hinwirken.[18]

21. Eine Abschreckung von Investoren ist nach Ansicht der Monopolkommission angesichts der Höhe der gewählten Schwellenwerte ebenso wenig zu befürchten. Diese führen dazu, dass nur wenige zusätzliche Transaktionen – nach der Prognose im Referentenentwurf eine Anzahl im niedrigen einstelligen Bereich – überhaupt in den Anwendungsbereich des GWB fallen werden. Zudem eröffnet das neue Aufgreifkriterium lediglich die Möglichkeit zur Überprüfung eines Zusammenschlussvorhabens seitens der Kartellbehörden, ohne dass ein bestimmtes Untersuchungsergebnis vorgegeben wäre. Erfahrungsgemäß legt das Bundeskartellamt den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nur in wenigen Fällen Abhilfemaßnahmen auf, noch weitaus geringer ist die Zahl der Verbotsentscheidungen.

22. Die vom Referentenentwurf vorgesehenen Ergänzungen in § 35 Abs. 2 Satz 1 und § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB dienen dem Ausschluss der Anschluss- und der Bagatellmarktklausel in den Fällen des neuen Aufgreifkriteriums. Sie folgen unmittelbar aus der Einführung des § 35 Abs. 1a Ref-E.[19] Die Ergänzung in § 35 Abs. 2 Satz 1 Ref-E, wonach die Anschlussklausel in Fällen des § 35 Abs. 1a Ref-E nicht anwendbar ist, ist deshalb notwendig, weil das neue Aufgreifkriterium gerade wegen der fehlenden oder ganz geringen Umsätze des erworbenen Unternehmens eingeführt wird. Bliebe die Anschlussklausel unverändert, liefe das neue Kriterium unweigerlich ins Leere.

23. Die Ergänzung in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Ref-E, wonach die Bagatellmarktklausel nicht anzuwenden ist, wenn es sich um einen Markt im Sinne von § 18 Abs. 2a Ref-E handelt, ist laut Entwurfsbegründung deshalb vorzunehmen, weil der betroffene Markt ein Markt sein könne, auf dem Leistungen unentgeltlich erbracht werden. Daneben ist nach Ansicht der Monopolkommission zu bedenken, dass mit dem Erwerb eines Unternehmens in diesen Fällen oftmals gerade ein Innovationspotenzial übergeht, das sich noch nicht in marktreifen Produkten und Dienstleistungen niedergeschlagen hat.

---

[17] In den USA besteht eine Anmeldepflicht grundsätzlich schon ab einem Transaktionswert von derzeit USD 312,6 Mio. (USD 312,6 Mio. entsprechen etwa EUR 280 Mio.). Diese Schwelle wird jährlich der Entwicklung des Bruttoinlandsprodukts in den USA angepasst. Federal Register/Vol. 81, No. 16/Tuesday, January 26, 2016/Notices, S. 4299, https://www.ftc.gov/system/ files/documents/federal_register_notices/2016/01/160126claytonact7afrn.pdf, Abruf am 5. Juli 2016.

[18] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 458 ff., 461. Vgl. auch Tz. 950 ff. in diesem Gutachten.

[19] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 461.

24. Laut Referentenentwurf werden die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB jeweils um eine Formulierung ergänzt, wonach ein Zusammenschluss auch dann vorliegt, wenn das Unternehmen, an dessen Vermögen Eigentumsrechte erworben werden bzw. dessen Vermögen erworben wird, noch keine Umsatzerlöse erzielt hat. Die Ergänzungen sind – auch nach Ansicht der Monopolkommission – erforderlich, weil die Rechtsprechung in der Vergangenheit insbesondere den Vermögenserwerb nicht als Zusammenschlusstatbestand erfasst hat, wenn damit keine aktuelle Marktposition verbunden ist.[20]

25. Der Begriff der Gegenleistung für den Zusammenschluss im Sinne des § 35 Abs. 1a Ref-E wird in § 38 Abs. 4a Ref-E definiert. Hiernach umfasst die Gegenleistung 1. alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 erhält (Kaufpreis), zuzüglich 2. des Wertes etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten. Die Begründung enthält weitere Konkretisierungen zur Bestimmung der Gegenleistung. Insbesondere ist danach der Begriff des Vermögensgegenstands weit zu verstehen und schließt alle Geldzahlungen, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie immateriellen Vermögensgegenständen ein, außerdem den Wert der Verbindlichkeiten. Dem Anmelder soll es nach dem Referentenentwurf grundsätzlich freistehen, welche – anerkannte – Methode zur Wertbestimmung er anwendet. Im Regelfall bedürfe es auch keiner Testate etwa durch Wirtschaftsprüfer.

26. Die Monopolkommission begrüßt es, dass der Referentenentwurf sich auf eine knapp gehaltende Legaldefinition beschränkt und Erläuterungen nur in die Gesetzesbegründung aufgenommen worden sind. Umfangreiche Konkretisierungen im Gesetzestext selbst würden das Risiko von Umgehungsstrategien vonseiten betroffener Unternehmen befördern. Positiv bewertet die Monopolkommission ebenfalls die in der Gesetzesbegründung enthaltene Empfehlung an das Bundeskartellamt, bei in der Praxis auftretenden größeren Schwierigkeiten mit der Wertbestimmung die Veröffentlichung entsprechender Leitlinien zu erwägen.

27. Die vorgeschlagene Ergänzung in § 38 Abs. 5 Satz 3 Ref-E für den Fall mehrerer Erwerbsakte resultiert ebenfalls unmittelbar aus der Einführung eines neuen Aufgreifkriteriums. Dasselbe trifft auf die geplante Erweiterung der Informationspflichten in § 39 Abs. 3 und 3a Ref-E zu, die den Wert der Gegenleistung einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung sowie Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland betreffen. Dementsprechend kann das Bundeskartellamt gemäß § 39 Abs. 5 Ref-E Auskunft über die Tätigkeit eines Unternehmens im Inland verlangen.

28. Laut § 43a Ref-E berichtet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Vorschrift über die Erfahrungen mit den Regelungen der §§ 35 Abs. 1a, 37 Abs. 1 Nummer 1 und 38 Abs. 4a Ref-E. Wie die geplante Evaluierung zu den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in der Missbrauchsaufsicht hält die Monopolkommission auch eine Bewertung der geplanten Regelungen im Fusionskontrollrecht für sinnvoll. Im Hinblick auf den vorgesehenen Zeitraum von drei Jahren dürften jedenfalls die Kartellbehörden erste Erfahrungen mit dem neuen Aufgreifkriterium und damit zusammenhängenden Gesetzesänderungen gesammelt haben. Eine Auseinandersetzung mit entsprechenden Entscheidungen der Kartellgerichte wird indes aller Wahrscheinlichkeit nach erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein.

1.3 Ausschluss des deutschen Kartellverbots bei Pressekooperationen

29. Der Referentenentwurf sieht eine Ergänzung von § 30 GWB um einen neuen Absatz 2b vor, der die Anwendung des deutschen Kartellverbots (§ 1 GWB) für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit (sogenannte Pressekooperationen) ausschließt. Diese Ausnahme soll jedoch nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich gelten, ebenso wenig für Kooperationen zwischen Unternehmen, die Presseprodukte nur vertreiben.[21] Außerdem sollen die unter die gesetzliche Privilegierung fallenden Unternehmen einen Anspruch auf eine kartellbehördliche Entscheidung haben, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, wenn das europäische Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union

---

[20] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 455 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05 – National Geographic I, BGHZ 170, 130 (zit. nach Juris), Rz. 462.

[21] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53. Mit dem letztgenannten Aspekt dürften insbesondere Unternehmen der bestehenden Pressegrosso-Systeme gemeint sein, zu denen der bestehende § 30 Abs. 2a GWB eine Sonderregelung enthält; siehe hierzu noch Tz. 1023 in diesem Gutachten.

(AEUV)) nicht eingreift und die Unternehmen ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Entscheidung haben. Dadurch soll den Unternehmen Rechtssicherheit gegeben werden.[22] Die Regelungen des Missbrauchskartellrecht bleiben unberührt.

30. Der Regelung liegt eine Absichtserklärung im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierungskoalition zugrunde.[23] Ziel der Neuregelung ist es, den beteiligten Presseverlagen durch die Kooperation eine Stärkung ihrer wirtschaftlichen Grundlagen zu ermöglichen, um besser im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen. Sie ergänzt insofern die moderaten Erleichterungen in der Fusionskontrolle, die im Zuge der 8. GWB-Novelle eingeführt worden waren.[24]

31. Die der Neuregelung zugrunde liegende Absichtserklärung im Koalitionsvertrag begründet die Notwendigkeit der Neuregelung mit Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der digitalen Medienlandschaft. Die Neuregelung soll insofern nicht nur einem Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der privilegierten Unternehmen dienen, sondern auch dem Schutz der Meinungsvielfalt. Die Nichtgeltung im Fall der redaktionellen Zusammenarbeit ist aus Sicht der Monopolkommission positiv zu werten. Zu beachten ist freilich, dass Medienprodukte über das Internet im gesamten deutschsprachigen Raum vertrieben werden können, sodass bei Kooperationen in Bezug auf solche Produkte häufig ein Binnenmarktbezug gegeben sein dürfte. In derartigen Fällen hat das europäische Recht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht. Der praktische Anwendungsbereich der Neuregelung dürfte somit nur gering sein.

32. Mit der Neuregelung wird nach der Begründung des Referentenentwurfs speziell die Freistellung solcher Kooperationen angestrebt, die mit Rationalisierungen und Synergiegewinnen einhergehen.[25] Insofern erscheint die Erforderlichkeit der Neuregelung fraglich, da wirtschaftlich effiziente Kooperationen bereits nach § 2 GWB freistellungsfähig sind. Hiervon weichen die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen die neue Ausnahme eingreift („soweit […] ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermedialen Wettbewerb zu stärken.“), dem Wortlaut nach ab, jedoch ohne dass sich notwendigerweise eine inhaltliche Divergenz ergibt. Zugunsten der Neuregelung mag angeführt werden, dass sie den Prüfungsschwerpunkt hinsichtlich einer Freistellung von der Prüfung der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch kurzfristige Effizienzen weg und auf die langfristige Förderung des Wettbewerbsprozesses hin verlagert.

33. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist zu bedauern, dass der Referentenentwurf in seiner jetzigen Fassung den in der 7. Novelle (2005) erreichten weitgehenden Gleichlauf zwischen dem deutschen und europäischen Kartellverbot weiter einschränkt und zusätzliche Ausnahmen vom deutschen Kartellverbot verankert. Diese Ausnahmen haben einerseits einen nur geringen praktischen Anwendungsbereich, senden andererseits jedoch das wettbewerbspolitisch fragwürdige Signal in den Markt, dass der politische Wille zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs begrenzt ist.

1.4 Verbesserung der behördlichen Zusammenarbeit

34. Der Referentenentwurf ergänzt den bestehenden § 50c GWB, um einen weitergehenden Informationsaustausch zwischen deutschen Behörden zu ermöglichen. Die Vorschrift stellt eine Ausnahme von den bisher geltenden Vorschriften zum Schutz von Persönlichkeitsrechten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dar, soweit diese einem Informationsaustausch zwischen den jeweils zuständigen Behörden entgegenstehen. Der Vertraulichkeitsschutz gegenüber Dritten wird durch diese Ausnahmeregelung nicht berührt.

35. Nach dem bestehenden § 50c Abs. 1 GWB können Kartellbehörden, Regulierungsbehörden sowie die zuständigen Behörden im Sinne des § 2 des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwerten. Diese Befugnisse werden zukünftig auf den Austausch mit dem Bundesbeauftragten und den Landesbeauftragten für den Datenschutz erweitert. Außerdem wird den Kartellbehörden durch eine Ergänzung von § 50c

[22] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53.

[23] Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 13; https://www.cdu.de/ sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf, Abruf am 5. Juli 2016.

[24] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 52.

[25] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53.

Abs. 2 GWB die Befugnis eingeräumt, mit den Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegenseitig Erkenntnisse auszutauschen, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, und die daraus resultierenden Erkenntnisse mit den anderen, zuvor genannten Behörden zu teilen.

36. Die Ergänzung des § 50c Abs. 1 GWB stellt damit einen rechtlichen Rahmen für die Kooperation zwischen den Kartell- und den Datenschutzbehörden her, wie ihn die Monopolkommission im Zwanzigsten Hauptgutachten und im Sondergutachten 68 empfohlen hatte.[26] Die Monopolkommission hatte in dem Sondergutachten 68 ferner herausgearbeitet, dass in der digitalen Ökonomie auch Datenschutzverstöße marktmächtiger Unternehmen durch die Wettbewerbsregeln erfasst werden dürften.[27] Das Bundeskartellamt hat im Nachgang zu diesem Sondergutachten ein Verfahren eingeleitet, in dem es einen Missbrauch durch die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen für ein soziales Netzwerk untersuchen will.[28] Die neu eingeführte Vorschrift dürfte das Verfahren in solchen Fällen erheblich vereinfachen.

37. Die Ergänzung des § 50c Abs. 2 GWB trägt dem Umstand Rechnung, dass unternehmerische Maßnahmen im Medienbereich Auswirkungen sowohl auf den Wettbewerb wie auch auf die Verbreitung von Meinungen und damit die Meinungsvielfalt haben können.[29] Die privaten Rundfunkanbieter unterliegen bei Zusammenschlussvorgängen deshalb, anders als die öffentlich-rechtlichen Anstalten, einer im Rundfunkstaatsvertrag festgeschriebenen medienrechtlichen Konzentrationskontrolle, die eine ausgewogene Meinungsvielfalt gewährleisten soll.[30] Die Überwachung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags zur Sicherung der Meinungsvielfalt ist Aufgabe der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und der Landesmedienanstalten.[31] Die Ergänzung des § 50c GWB könnte zu einer Effektivierung der Medienkonzentrationskontrolle beitragen.

2 Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU

38. Ende 2014 ist die sogenannte Kartellschadenersatzrichtlinie[32] in Kraft getreten. Die europarechtlichen Vorgaben aus dieser Richtlinie müssen in nationales Recht umgesetzt werden.[33] Der deutsche Gesetzgeber ist nach europäischem Primärrecht verpflichtet, die unmittelbare Geltung von europäischen Verordnungen und die fristgemäße und zielkonforme Umsetzung von europäischen Richtlinien sicherzustellen.[34] Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie hat bis zum 27. Dezember 2016 zu erfolgen.[35]

39. Änderungsbedarf für die gesetzlichen Regelungen in Deutschland besteht freilich nur, soweit die Richtlinienvorgaben vom derzeitigen deutschen Regelungsrahmen abweichen. Dort wo eine Umsetzung notwendig ist, wird der gesetzgeberische Umsetzungsspielraum von der Richtlinie vorgegeben. So sind einige Themen in der Richtlinie abschlie-

---

[26] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 66; Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 533.

[27] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 26), Tz. 515 ff.

[28] BKartA, Pressemitteilung vom 2. März 2016, Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße.

[29] Dazu siehe zuletzt Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 26), Tz. 1046 ff.

[30] §§ 29 ff. des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag- RStV-) vom 31. August 1991, in der Fassung des Achtzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 15./17.12.2010; konsolidierte Fassung, http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/RStV_18.pdf, Abruf am 30. Juni 2016.

[31] Dazu Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 792 ff.

[32] Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014 L 349/1.

[33] Art. 288 Abs. 3 AEUV.

[34] Vgl. Art. 288 AEUV.

[35] Art. 21 Richtlinie 2014/104/EU.

ßend oder nahezu abschließend geregelt. Bei anderen Themen können die nationalen Gesetzgeber mitunter Regelungen vorsehen, die über die Richtlinie hinausgehen. Außerdem könnten sich Spielräume für den nationalen Gesetzgeber dort ergeben, wo die Richtlinie mit der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte in Konflikt steht.[36]

40. Die folgenden Ausführungen gehen über eine bloße Würdigung des Referentenentwurfs hinaus. Sie zielen darauf ab, zu einer europarechtskonformen Umsetzung der Richtlinie beizutragen. Außerdem macht die Monopolkommission Empfehlungen, wie die Neuregelungen so in den bestehenden Regelungsrahmen eingebettet werden können, dass ein ökonomisch sinnvolles und konsistentes Regelungssystem entsteht. Dazu wird zunächst auf die grundsätzliche Bedeutung zivilrechtlicher Ansprüche bei der Durchsetzung des Kartellrechts eingegangen. Im Anschluss werden die Regelungsziele der Richtlinie und dann die einzelnen Regelungsbereiche analysiert. Schließlich werden Vorschläge entwickelt, wie die private Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts über die Richtlinie hinaus verbessert werden kann.

2.1 Die Rolle des Schadenersatzes bei der Kartellrechtsdurchsetzung

41. Bei den rechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ist zwischen der öffentlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung zu unterscheiden. Die öffentliche Rechtsdurchsetzung liegt in der Hand der Europäischen Kommission sowie der nationalen Wettbewerbsbehörden. Sie umfasst die Abstellungsanordnungen von Zuwiderhandlungen, einstweilige Maßnahmen, die Annahme von Verpflichtungszusagen und die Sanktionierung, beispielsweise durch Geldbußen.[37] Gleichzeitig entstehen durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht auch zivilrechtliche Rechte und Pflichten. Insbesondere haben Geschädigte ein Recht auf den Ersatz des ihnen entstandenen Schadens, das sie vor nationalen Gerichten geltend machen können.

42. Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts wird nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) durch den Kartellschadenersatz verstärkt:

> *„Ein solcher Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadenersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“*[38]

43. Die europäische Rechtsprechung enthält daher die Vorgabe, dass jeder Geschädigte ein Recht auf Ersatz des durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht entstandenen Schadens hat. Der EuGH weist darauf hin, dass insbesondere die volle Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt wäre, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“[39] Sofern zwischen dem Schaden und einem verbotenen Kartell oder Verhalten „ein ursächlicher Zusammenhang“ bestehe, kann ein Geschädigter nach Auffassung des EuGH Schadenersatz verlangen.[40]

44. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Geschädigte neben dem Ersatz des Vermögensschadens auch den entgangenen Gewinn sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können. Diese Anforderung folge aus dem Effektivitätsgrundsatz und dem Recht einer jeden Person auf Ersatz des Schadens, der durch eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise entstanden ist.[41]

---

[36] Vertiefend dazu Tz. 68 f. in diesem Gutachten.

[37] Vgl. Art. 5 VO 1/2003.

[38] EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001 I-06297, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 27.

[39] EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001 I-06297, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26. Bestätigt in EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 60. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 28 sowie EuGH, Urteil vom 6. November 2012, C-199/11 – Otis u. a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2012:684, Rz. 41.

[40] EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 61.

[41] EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 95. EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 24.

45. Die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung sollen einander ergänzen und so die Wirkung der Wettbewerbsvorschriften verstärken. Dabei existieren Berührungspunkte, an denen das Zusammenspiel zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung geregelt werden muss. Solche Berührungspunkte ergeben sich insbesondere hinsichtlich des Zugangs zu Beweismitteln, die im behördlichen Verfahren ermittelt wurden und für die private Schadenersatzklagen relevant sind, und hinsichtlich der Anrechnung behördlich verhängter Geldbußen auf den Umfang des privaten Schadenersatzes (und umgekehrt).

46. Hinsichtlich des erstgenannten Berührungspunktes kam der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Pfleiderer* zu dem Schluss, dass die nationalen Gerichte im Rahmen des nationalen Rechts im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache zwischen den Interessen der mutmaßlich Kartellgeschädigten und der effektiven Wirkung von Kartellschadenersatzklagen sowie dem Schutz der im behördlichen Verfahren vom Kronzeugen freiwillig vorgelegten Informationen abzuwägen haben.[42]

47. Die Notwendigkeit einer solchen Einzelfallprüfung hat der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Donau Chemie* bestätigt.[43] Der EuGH hat hier festgestellt, dass es zu dieser Frage keine abschließenden europarechtlichen Regelungen gebe.[44] Kronzeugenprogramme seien nützliche Instrumente, um Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht effizient aufzudecken und zu beenden.[45] Die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen könne jedoch durch die Übermittlung von Kronzeugenunterlagen an Personen, die eine Schadenersatzklage erheben wollen, beeinträchtigt werden, da Kartellbeteiligte dadurch davon abgehalten werden könnten, ein Kronzeugenprogramm zu nutzen.[46] Gleichwohl entspreche es ständiger Rechtsprechung, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Kartellschadens verlangen könne.[47]

2.2 Regelungsziele und Inhalte der Richtlinie

48. Die Schadenersatzrichtlinie zielt darauf ab, die zivilrechtliche Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften in der europäischen Union zu stärken. Nach Auffassung der Richtlinienverfasser ergeben sich die privaten Ansprüche auf Schadenersatz unmittelbar aus den Artikeln 101 und 102 AEUV und damit aus dem Primärrecht der Europäischen Union:

> *„Die Artikel 101 und 102 AEUV erzeugen in den Beziehungen zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkungen und lassen für diese Einzelpersonen Rechte und Pflichten entstehen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben. Die nationalen Gerichte haben daher bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften eine gleichermaßen wichtige Rolle zu spielen (private Rechtsdurchsetzung). In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Unionsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie beispielsweise den durch Zuwiderhandlungen Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. […]"*[48]

Die volle praktische Wirkung der Verbote der genannten Artikel werde allerdings nur erzielt, wenn Geschädigte den Ersatz des entstandenen Schadens auch durchsetzen könnten. In jedem Mitgliedstaat müssten daher Verfahrensvorschriften bestehen, „die gewährleisten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden [könne]."[49]

---

[42] EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 30 f.

[43] EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 34.

[44] EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 20 ff.

[45] EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 25.

[46] EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 26 f.

[47] EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 28.

[48] Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/104/EU.

[49] Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/104/EU.

49. Solche Vorschriften sollen in der Richtlinie festgelegt werden. Ein gleichwertiger Schutz in der ganzen Union fördere auch den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt und beseitige Hindernisse für sein reibungsloses Funktionieren.[50] Laut Art. 1 der Richtlinie handelt es sich um Vorschriften,

> *„die erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung […] gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens […] zu verlangen, wirksam geltend machen kann".*

In Art. 1 der Richtlinie werden damit das „Jedermann-Recht" sowie das „Recht auf vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens" aufgegriffen. Diese beiden Anforderungen an eine wirksame private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung wurden bereits in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt und mehrfach bestätigt.

50. Nach der – nicht zuletzt von Deutschland in den EU-Gesetzgebungsprozess eingebrachten – Auffassung des europäischen Gesetzgebers sollen sowohl eine Unterkompensation wie auch eine Überkompensation der Geschädigten vermieden werden. Das ergibt sich auch aus der Definition des vollständigen Schadenersatz in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie: „Der vollständige Ersatz versetzt eine Person, die einen Schaden erlitten hat, in die Lage, in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre." Neben der Vermögenseinbuße sei daher auch der entgangene Gewinn zuzüglich der Zahlung von Zinsen zu ersetzen. Die Regelungen entsprechen insofern den oben genannten Vorgaben der EU-Rechtsprechung. Gleichzeitig stellen die Richtlinienverfasser in Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 13 klar, dass die Regelungen der Richtlinie nicht zu einer Überkompensation des Schadens führen dürfen. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadenersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadenersatz handle. Der Verweis auf Strafschadenersatz dürfte hier lediglich der Klarstellung dienen, da sich in der Richtlinie ohnehin ausschließlich Regelungen zum kompensatorischen Schadenersatz und nicht zum Strafschadenersatz finden. Eine Mehrfachentschädigung könnte durch die Richtlinienregelungen zur Abwälzung des Preisaufschlags[51] hingegen entstehen. Das soll durch entsprechende Einschränkungen dieser Vorschriften in den Art. 12 Abs. 2 und Art. 15 verhindert werden.

51. Neben der Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung hat die Richtlinie außerdem die Zielsetzung, die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung zu koordinieren. Diese Zielsetzung findet sich sowohl in Art. 1 Abs. 2 als auch in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie. Eine Koordinierung bedeutet dabei zumeist eine Abwägung, ob die jeweilige Vorschrift die öffentliche Rechtsdurchsetzung zulasten privater Schadenersatzklagen stärken soll oder umgekehrt.

52. Im Folgenden werden die einzelnen Regelungsbereiche der Richtlinie genauer untersucht. Die Untersuchung orientiert sich dabei an der Struktur der Richtlinie. In dem ersten Kapitel der Richtlinie 2014/104/EU finden sich eine Bestimmung ihres Gegenstands und Anwendungsbereichs sowie Begriffsbestimmungen. Im zweiten Kapitel wird die Offenlegung von Beweismitteln behandelt. Das dritte Kapitel enthält Regelungen zur Wirkung nationaler Entscheidungen, zur Verjährung und zur gesamtschuldnerischen Haftung. Daran anschließend wird im vierten Kapitel die Abwälzung des (durch einen Wettbewerbsverstoß bedingten) Preisaufschlags behandelt. Das fünfte Kapitel betrifft die Ermittlung des Schadensumfangs. Die einvernehmliche Streitbeilegung ist im sechsten Kapitel geregelt. Die Richtlinie endet mit allgemeinen Schlussbestimmungen im siebten Kapitel.

2.3 Offenlegung von Beweismitteln

53. Der Ausgang von gerichtlichen Auseinandersetzungen über Schadenersatzklagen und damit auch die Wirksamkeit der privaten Rechtsdurchsetzung hängen maßgeblich davon ab, inwiefern die Entstehung eines Schadens sowie dessen Umfang nachgewiesen werden können. Da sich die dazu notwendigen Beweismittel häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter (z. B. anderer Marktteilnehmer) befinden, sind sie dem Kläger nicht ohne Weiteres frei zugänglich.[52] Ohne den Zugang zu derartigen Beweismitteln wäre die Durchsetzung von Kartellschadenersatzklagen allerdings deutlich erschwert.

---

[50] Art. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

[51] Art. 12 ff. Richtlinie 2014/104/EU.

[52] Siehe Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/104/EU.

54. Der Zugang zu Beweismitteln kann über zwei Wege erfolgen. Zum einen kann der Kläger im Falle eines vorausgegangenen behördlichen Verfahrens versuchen, Beweismittel im Wege der Akteneinsicht bei der Behörde zu identifizieren. Zum anderen können beide Prozessparteien im Gerichtsverfahren die Offenlegung von Beweismittel durch die jeweils andere Partei verlangen. Die Richtlinie betrifft unmittelbar nur den zweiten Regelungsbereich.

2.3.1 Die Regelungen der Richtlinie

55. Die Offenlegung von Beweismitteln wird in den Art. 5 bis 8 der Richtlinie geregelt. Ausgangspunkt ist, dass nationale Gerichte auf Antrag eines Klägers die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten anordnen können müssen. Dazu hat der Kläger eine substanziierte Begründung vorzulegen, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadenersatzanspruchs ausreichend stützen. Ebenso müssen die Gerichte auf Antrag des Beklagten die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Kläger oder einen Dritten anordnen können. Die einzelnen Beweismittel oder relevanten Kategorien von Beweismitteln müssen in der substanziierten Begründung so genau und so präzise abgegrenzt sein, wie dies auf der Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

56. Die Offenlegung muss überdies verhältnismäßig sein. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sind die berechtigten Interessen aller Parteien und betroffenen Dritten zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, (erstens) inwieweit die Klage oder die Klageerwiderung durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, (zweitens) der Umfang und die Kosten der Offenlegung und (drittens) ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser vertraulichen Informationen bestehen. Die nationalen Gerichte müssen dabei grundsätzlich befugt sein, auch die Offenlegung von Beweismitteln, die vertrauliche Informationen enthalten, anzuordnen, wenn sie diese als sachdienlich für die Schadenersatzklage erachten. Bei der Offenlegung solcher Informationen müssen die nationalen Gerichte über wirksame Maßnahmen für deren Schutz verfügen.

57. Ein spezielles Thema ist die Offenlegung von Beweismitteln, die sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden. Zunächst ist festzuhalten, dass die beschriebenen allgemeinen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln aus Art. 5 der Richtlinie auch für die Offenlegung von Beweismitteln von Wettbewerbsbehörden gelten, da diese „Dritte“ im Sinne der Richtlinie sind.[53] Darüber hinaus enthält Art. 6 der Richtlinie weitere Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind. Art. 6 Abs. 6 verbietet die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen. Art. 6 Abs. 5 legt für einzelne Kategorien von Beweismittel fest, dass diese erst nach Beendigung des Verfahrens der Wettbewerbsbehörde offengelegt werden dürfen. Aus Art. 6 Abs. 4 ergibt sich außerdem eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Unterlagen von Wettbewerbsbehörden.

58. Die nationalen Gerichte müssen schließlich die Möglichkeit haben, Sanktionen zu verhängen, wenn eine Offenlegungsanordnung nicht befolgt oder Beweismittel vernichtet werden. Sanktionen müssen auch erfolgen können, wenn gegen die vorgesehenen Beschränkungen der Beweisverwertung verstoßen wird. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

2.3.2 Umsetzungsbedarf

2.3.2.1 Beweismittel bei der Gegenpartei

59. Der Umfang des Umsetzungsbedarfs hinsichtlich der vorgenannten Richtlinienvorgaben ist insofern nicht eindeutig. Das deutsche Recht eröffnet den Prozessparteien bereits heute verschiedene Möglichkeiten, eine Offenlegung von Beweismitteln durch die Gegenpartei zu erreichen. Die Parteien können unter den von der nationalen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen einen materiellen Anspruch auf Auskunftserteilung geltend machen (z. B. nach § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Dieser Anspruch kann prozessual im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 Zivilprozessordnung (ZPO)) geltend gemacht werden. Außerdem haben die Gerichte nach § 142 ZPO die Möglichkeit anzuordnen,

---

[53] Dies ergibt sich aus Richtlinie 2014/104/EU, Erwägungsgrund 15: „[…] Die nationalen Gerichte sollten auch die Offenlegung von Beweismitteln durch Dritte, einschließlich Behörden, anordnen können. […]“. Siehe auch Richtlinie 2014/104/EU, Art. 6 Abs. 1.

dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden vorlegt. Schließlich besteht die Möglichkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens für Beweismittel, die verloren gehen können oder deren Nutzung erschwert werden kann (§§ 485 ff. ZPO).[54] Alle diese Instrumente stehen, wie von der Richtlinie gefordert, sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten offen.

60. Der Umfang des materiellen Anspruchs auf Auskunftserteilung nach § 242 BGB bei Schadenersatzverfahren bzgl. Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ist noch nicht abschließend geklärt. Aus dem Wortlaut dieser Generalklausel ergeben sich dazu auch keine Anhaltspunkte, sodass auf die Aussagen der Rechtsprechung zurückzugreifen ist. Auf Grundlage der wenigen dazu vorhandenen Urteile[55] kann jedoch keine abschließende Aussage darüber getroffen werden, ob die aus § 242 BGB abgeleiteten Ansprüche den Vorgaben der Richtlinie genügen.

61. Positiv hervorzuheben ist, dass das deutsche Prozessrecht Klägern bereits heute die Möglichkeit bietet, sich ohne großes Prozesskostenrisiko zur Offenlegung von Beweismitteln an Gerichte zu wenden. Im Rahmen von Stufenklagen nach § 254 ZPO können Auskünfte und Richtigkeitsversicherungen in Form von Hilfsansprüchen eingeholt werden. Dabei besteht ein gesetzmäßiger Anspruch auf Prüfung durch das Gericht. Da sich die Prozesskosten nach dem Wert des Streitgegenstands[56] bemessen, ist das Prozesskostenrisiko bei diesen Hilfsansprüchen überschaubar.

62. Eine Anordnung nach § 142 ZPO liegt nach deutschem Recht im alleinigen Ermessen des Gerichts. Das entspricht den Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie, der es lediglich erforderlich macht, eine gerichtliche Ermessensentscheidung über die Offenlegung vorzusehen. Den Prozessparteien wird auch durch die Richtlinie kein allgemeiner Anspruch auf Offenlegung eingeräumt. Allerdings enthält Art. 5 Abs. 3 konkretisierende Vorgaben für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Umsetzungsbedarf dürfte sich insoweit auf kleinere Anpassungen beschränken. Diese ermessensbeschränkenden Vorgaben an die Gerichte könnten als prozessrechtliche (Sonder-)Regelungen umgesetzt werden.

63. In § 33g GWB-E werden die Vorgaben der Richtlinie im Rahmen von materiellrechtlichen Ansprüchen umgesetzt. Ein solcher Spielraum besteht, weil die deutschen Regelungen über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen können.[57] Die Regelung der Richtlinie selbst ist jedoch prozessrechtlicher Natur, auch entsprechen die Vorgaben der Richtlinie, abgesehen von der Konkretisierung bezüglich der Verhältnismäßigkeitsprüfung, den Regelungen in § 142 ZPO. Eine prozessrechtliche Umsetzung wäre daher naheliegend gewesen. Die materiellrechtliche Regelung birgt zudem das Risiko, Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete zu haben. Entscheidungen über den speziellen materiellen Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln im Wettbewerbsrecht könnten zur Auslegung des § 242 BGB herangezogen werden. Gerade im Wettbewerbsrecht gestaltet sich die Abwägung über die Offenlegung aber sehr schwierig, da den Ansprüchen bisweilen komplexe Sachverhalte zugrunde liegen. Wettbewerbsrechtliche Einzelfallenscheidungen zur Offenlegung sollten deshalb keinen Eingang in andere Rechtsgebiete finden. Zumindest führt die Gewährung materiellrechtlicher Ansprüche jedoch zu einer Stärkung der Geschädigten, die über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht.

64. Der Gesetzgeber hat die Anforderung einer substanziierten Begründung eines Antrags auf Offenlegung von Beweismitteln nicht aus der Richtlinie übernommen. Er dürfte sich damit innerhalb seines Umsetzungsspielraums bewegen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Richtlinie grundsätzlich auf eine Stärkung der Geschädigten abzielt. Außerdem sieht die Richtlinie ohnehin eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, die auch im Wesentlichen in den Referentenentwurf übernommen wurde. Die Abschwächung der Begründungsanforderungen ist zu begrüßen, da die in der Richtlinie geforderte substanziierte Begründung Klägern bisweilen schwer fallen dürfte. Belege dafür, dass ein Schadenersatzanspruch gerechtfertigt ist, können sich mitunter erst aus der Offenlegung von Beweismitteln ergeben.

---

[54] Das selbstständige Beweisverfahren steht nur bei bestimmten Beweismitteln, nämlich der Einnahme des Augenscheins, der Vernehmung von Zeugen und der Begutachtung von Zeugen zur Verfügung. Es dürfte im vorliegenden Kontext kaum relevant sein.

[55] Beispielsweise OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Juni 1998, U (Kart) 15/97, Rz. 95 f.

[56] § 3 Gerichtskostengesetz.

[57] Siehe Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/104/EU.

2.3.2.2 Beweismittel in behördlichen Akten

65. Ein besonderer Fall der Offenlegung von Beweismitteln liegt vor, wenn die Akten des Bundeskartellamtes bzw. die Gerichtsakten eines Kartellbußgeldverfahrens betroffen sind. § 142 ZPO gilt nicht für Beweismittel bei den Wettbewerbsbehörden, wenn diese nicht selbst Prozessparteien sind. Für Verletzte kann aber im Rahmen des Bußgeldverfahrens ein Akteneinsichtsrecht nach § 406e Strafprozessordnung (StPO) bestehen. Diese strafrechtliche Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf das behördliche Verfahren und leistet keine umfassende Regelung der Akteneinsicht bei Kartellschadenersatzklagen, wie sie von der Richtlinie gefordert wird. Insofern besteht ein Umsetzungsbedarf. Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sollten bei der Umsetzung der Richtlinie für die Akteneinsicht explizite prozessrechtliche Regelungen getroffen werden, die sich an den Vorgaben der Richtlinie orientieren.

66. Die Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich der Beweismittel in behördlichen Akten sind vergleichsweise differenziert, da es sich hier um einen der Berührungspunkte zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung handelt. Beweismittel, die unabhängig von einem behördlichen Verfahren vorliegen (sogenannte „bereits vorhandene Informationen“), sind von diesen Regelungen nicht betroffen.[58] Gerade die Dokumente, die im Rahmen des behördlichen Verfahrens erstellt werden, enthalten jedoch mitunter zentrale Informationen über Existenz und Umfang des Schadens. Zum Schutz der Instrumente im behördlichen Verfahren wird in der Richtlinie jedoch der Zugang zu bestimmten Kategorien von Beweismitteln eingeschränkt. Insbesondere verbietet die Richtlinie in Art. 6 Abs. 6 die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen.

67. Diese Regelung unterscheidet insofern nicht zwischen der Offenlegung von Beweismitteln aus Verfahren der Europäischen Kommission und der Offenlegung von Beweismitteln aus Verfahren einer nationalen Wettbewerbsbehörde. Sie führt zu einer Angleichung der Regeln für den Zugang zu den Akten der nationalen Behörden an die Regelungen, die für den Aktenzugang bei der Europäischen Kommission gelten.[59]

68. Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 6 wird zugleich die Möglichkeiten von Klägern, Zugang zu relevanten Behördenunterlagen zu erhalten, beschränken. Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist etwa in Bezug auf Kronzeugenanträge eine Abwägung der Schutzgüter im Einzelfall notwendig.[60] Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob die Richtlinienregelung mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist. Bei der Diskussion um die Richtlinienvorgaben wird allerdings zumeist ausgeklammert, dass sich der Regelungsrahmen mit Umsetzung der Richtlinie signifikant ändern wird. Die von den Kritikern der von Art. 6 Abs. 6 herangezogenen Aussagen des EuGH stammen aus der Zeit vor der Richtlinie[61] und lassen sich nicht zwangsläufig auf den neuen Regelungsrahmen übertragen. Die Position der Schadenersatzkläger soll mit der Richtlinie verbessert werden, wie sich schon aus Art. 1 der Richtlinie ergibt. Es ist deshalb nicht von vornherein auszuschließen, dass die Richtlinie eine vertretbare gesetzgeberische Abwägung zwischen dem Recht der Prozessparteien und dem Schutz des behördlichen Verfahrens enthält und somit die vom EuGH geforderte Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen werden darf.

69. Für den nationalen Gesetzgeber besteht ohnehin kein Umsetzungsspielraum, sofern und solange der EuGH nicht die Primärrechtswidrigkeit der Regelung feststellt. Zudem gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die deutsche Rechtslage zumindest grundsätzlich den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Zu bedenken ist, dass das OLG Düsseldorf sich bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2012 grundsätzlich gegen die Offenlegung von Kronzeugenanträgen und mit den Anträgen übermittelten Unterlagen und Beweisen ausgesprochen hat.[62]

---

[58] Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2014/104/EU.

[59] Siehe zur Umsetzung der Richtlinie in das EU-Recht: Europäische Kommission, Verordnung (EU) 2015/1348 vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 208, 5. August 2015, S. 3-6, eingefügter Art. 16a; sowie Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2015/C 256/04), ABl. C 256, 5. August 2015, S. 5.

[60] Siehe Tz. 46 ff. in diesem Gutachten.

[61] Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 20.

[62] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2012, V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart 6/11 (OWi), 4 Kart 5/11 (OWi), 4 Kart 6/11 (OWi).

70. Rechtspolitisch ist das uneingeschränkte Verbot der Offenlegung allerdings dennoch kritisch zu bewerten. Kartellgeschädigte haben ein legitimes Anrecht auf einen Ersatz des ihnen entstandenen Schadens. Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen enthalten wertvolle Beweise und Hinweise auf den entstandenen Schaden, die häufig aus keiner anderen Quelle gewonnen werden können. Das absolute Verbot der Offenlegung erschwert die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen deutlich und steht im Gegensatz zu der Zielsetzung der Richtlinie, Schadenersatzklagen zu vereinfachen. Die Haftung des Kronzeugen im Innen- und Außenverhältnis ist zudem von der Richtlinie in den meisten Fällen auf den von ihm unmittelbar verursachten Schaden beschränkt. Eine rechtliche Regelung, die es letztlich erschwert, dass Kronzeugen den von ihnen verursachten Schaden zu ersetzen haben, ist ordnungspolitisch fragwürdig.

71. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der Schutz von Kronzeugenerklärungen von Kartelltätern überstrapaziert wird. Von anwaltlicher Seite wird vorgetragen, dass Kronzeugen dazu tendieren, viele belastende Informationen in dem Kronzeugenantrag zu dokumentieren, um zu verhindern, dass diese in etwaigen Schadenersatzprozessen offengelegt werden. Die Europäische Kommission reagiere bereits auf diese Praxis, indem sie derartige Informationen in ihren Geldbußenentscheidungen veröffentlicht. Angesichts dieser Problematik ist zu begrüßen, dass in § 33e GWB-E der Begriff der Kronzeugenerklärung entsprechend der Vorgaben der Richtlinie[63] legaldefiniert wird.

72. Allerdings ist die Rechtslage auch soweit ein Aktenzugang durch die Richtlinie nicht ausgeschlossen wird verbesserungswürdig. Ein praktisches Problem der Offenlegung ergibt sich bereits heute mit Blick auf den Lauf der Verjährungsfristen. Sofern eine Partei die Offenlegung eines Beweismittels fordert, besteht für das Gericht keine Frist, in der es über den Antrag zu entscheiden hat. Die fehlende Frist könnte zur Folge haben, dass Gerichte mitunter nicht zeitnah über entsprechende Anträge entscheiden. Dies kann zu einer Verjährung der Schadenersatzansprüche führen, sofern der Kläger erst aufgrund der offenzulegenden Beweismittel erkennen kann, ob er geschädigt ist und welcher Schaden ihm entstanden ist. Die Einführung von Fristen für die gerichtliche Überprüfung insbesondere von Anträgen auf Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind, könnte hier die Position von Kartellgeschädigten verbessern.

73. Einzuräumen ist, dass Klägern auch Spielräume verbleiben, z. B. durch Kooperation mit einzelnen Teilnehmern eines Kartells, Informations- und Nachweisdefizite in Bezug auf Entstehung und Umfang des Schadens zu beheben. Aus Anwaltskreisen wird berichtet, dass potenzielle Kläger an Kartellteilnehmer herantreten, um belastende Informationen über andere Kartellteilnehmer zu erhalten. Im Gegenzug wird den Informationsgebern ein Verzicht auf die Geltendmachung der ihnen gegenüber entstanden Schadenersatzansprüche gewährt und gegebenenfalls sogar die Begleichung von Forderungen aus dem Innenregress zugesichert.

74. Kartellbeteiligte Unternehmen handeln bei Vereinbarung eines solchen Verzichts Informationen gegen eine finanzielle Besserstellung. Diese Informationen wurden durch den kooperierenden Kartellteilnehmer aufgrund seiner Beteiligung an der illegalen Absprache erlangt. Der Informationsgeber profitiert also im Nachhinein von seiner illegalen Handlung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Informationsgeber vielfach überhaupt erst die zivilrechtliche Haftbarmachung seiner Mitkartellanten ermöglicht. Sein Nachtatverhalten verbessert effektiv die Situation der Geschädigten, der ohne eine solche Kooperation seine Ansprüche überhaupt nicht geltend machen könnte. Der Abschluss von derartigen Vereinbarungen dürfte daher aus allgemeiner rechtspolitischer Perspektive unbedenklich sein.

75. Es ist jedoch fraglich, ob solche Abmachungen eine Hinnahme der weiter oben beschriebenen rechtlichen Defizite rechtfertigen. Aus der wettbewerbspolitischen Perspektive der Monopolkommission gibt es trotz der Möglichkeit zu privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen Klägern und Kartellteilnehmern durchgreifende Argumente dafür, Geschädigten den Zugang zu Beweismitteln in behördlichen Akten zu erleichtern. Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen mit nur einem Kartellbeteiligten bringt es mit sich, dass der Geschädigte letztlich nicht mehr die Möglichkeit hat, den Beklagten im Rahmen der Gesamtschuld aller Kartelltäter frei zu wählen. Eine Einsicht in die behördlichen Akten ist außerdem unter Umständen auch trotz der Kooperation eines Kartellteilnehmers unumgänglich, weil dieser dem Kläger Informationen vor allem zu seiner eigenen Kartellbeteiligung, aber nicht ohne Weiteres zu den Tatbeiträgen konkreter anderer Kartellmitglieder zur Verfügung stellen kann.

---

[63] Vgl. dazu die Begriffsbestimmung der „Kronzeugenerklärung" in Art. 2 Nr. 16 der Richtlinie 2014/104/EU.

76. Die Sanktionsregeln des Art. 8 der Richtlinie wurden in den Referentenentwurf nur teilweise übernommen. In § 33g Abs. 9 GWB-E wird nur die Haftung für eine mangelhafte oder unterlassene Herausgabe von Beweismitteln bzw. Auskunfterteilung geregelt. Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie wurde diskutiert, ob auch Wettbewerbsbehörden von der Sanktionsregelung betroffen sind. Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie geht hervor, dass Wettbewerbsbehörden als „Dritte" im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.[64] Von besonderem Interesse ist dabei der Schutz vertraulicher Informationen. In diesem Zusammenhang bleibt es im Rahmen von § 33g GWB-E bei der bestehenden Rechtslage. Eine Sanktionierung dafür, dass vertrauliche Informationen durch die Kartellbehörden nicht ausreichend geschützt wurden, ist dort nicht geregelt. Insofern bleibt es zunächst bei den einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften (§§ 201 ff. Strafgesetzbuch (StGB)). Darüber hinaus sind auch Schadenersatzansprüche möglich. Für diesen Fall gelten jedoch die hohen Anforderungen der Staatshaftung. Eine direkte Übernahme des Art. 8 der Richtlinie in das GWB hätte zu einheitlichen Voraussetzungen für die Sanktionierbarkeit geführt. Es ist unklar, ob die bestehende Rechtslage den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Zumindest aus wettbewerbspolitischer Sicht ist eine solche Regelung jedoch nicht zwingend erforderlich.

2.4 Verjährung

77. Die Verjährung hat im Wettbewerbsrecht eine größere Bedeutung als in anderen Rechtsgebieten. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht finden häufig über einen längeren Zeitraum statt, der mehrere Jahre betragen kann. Darüber hinaus sind Schadenersatzklagen häufig erst nach Feststellung eines Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde oder sogar eine Rechtsmittelinstanz erfolgsversprechend.[65] Es muss daher sichergestellt werden, dass Schadenersatzansprüche zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt sind, da ansonsten die effektive zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts übermäßig behindert würde. Andererseits dienen die Vorschriften zur Verjährung dazu, Rechtssicherheit zu gewährleisten und Rechtsfrieden herzustellen. Die Verjährungsregelungen zu Kartellschadenersatzansprüchen sollten daher den Anforderungen an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden genügen, aber dennoch die Durchsetzung von Ansprüchen nicht übermäßig erschweren.

2.4.1 Die Regelungen der Richtlinie

78. Die Verjährung wird in Art. 10 der Richtlinie behandelt. Die Regelungen betreffen zunächst Beginn und Dauer sogenannter subjektiver (kenntnisabhängiger) Verjährungsfristen. Die Verjährungsfrist darf demnach nicht beginnen, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beendet wurde und der Kläger von bestimmten Umständen Kenntnis erlangt hat oder diese Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden kann. Damit die Verjährungsfrist beginnen kann, muss dem Geschädigten bekannt sein, dass mit dem relevanten Verhalten gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen wurde, dass ihm durch das Verhalten ein Schaden entstanden ist und wer den Verstoß begangen hat. Die Verjährungsfrist enthält auch konkrete Vorgaben zur Dauer der Verjährung. Außerdem muss nach den Vorgaben der Richtlinie die Verjährungsfrist bei einer Untersuchung oder einem Verfahren durch eine Wettbewerbsbehörde gehemmt oder unterbrochen werden. Die Hemmung/Unterbrechung darf frühestens ein Jahr, nachdem die Zuwiderhandlungsentscheidung bestandskräftig geworden oder das Verfahren auf andere Weise abgeschlossen worden ist, enden.

79. Zu absoluten (kenntnisunabhängigen) Verjährungsfristen werden in der Richtlinie keine expliziten Regelungen getroffen. In Erwägungsgrund 36 der Richtlinie wird den Mitgliedstaaten jedoch erlaubt, derartige absolute Verjährungsfristen einzuführen oder beizubehalten, sofern diese die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

---

[64] Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/104/EU.

[65] Vgl. Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2014/104/EU.

2.4.2 Umsetzungsbedarf

80. Derzeit gelten für Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht die allgemeinen Verjährungsregeln aus §§ 195 und 199 BGB. Diese Regelungen dürften jedoch nicht den Anforderungen der Richtlinie genügen, sodass es zukünftig einer speziellen Regelung der Verjährung im Wettbewerbsrecht bedarf.

2.4.2.1 Subjektive Verjährungsfristen

81. Hinsichtlich der subjektiven Verjährungsfristen sind sowohl Beginn als auch Dauer der Verjährungsfrist anzupassen. Nach der Richtlinie darf die Verjährungsfrist nicht vor Beendigung der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beginnen. Gemäß der aktuellen deutschen Rechtslage beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.[66] Nach § 33h Abs. 2 GWB-E wird die derzeitige Regelung dahin gehend ergänzt, dass die Verjährungsfrist erst nach Abstellung der Zuwiderhandlung einsetzt. Für fortgesetzte Zuwiderhandlungen bedeutet dies, dass die Verjährungsfrist dann erst nach der letzten Zuwiderhandlung beginnen kann.

82. Nach der Richtlinie muss die Verjährungsfrist mindestens fünf Jahre betragen. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt im deutschen Recht derzeit drei Jahre.[67] Die bestehende Frist im deutschen Recht wird nach § 33h Abs. 1 GWB-E auf fünf Jahre angehoben. Es wäre allerdings möglich gewesen, über die von der Richtlinie vorgegebene Untergrenze von fünf Jahren für eine subjektive Verjährungsfrist hinauszugehen. In anderen Mitgliedstaaten der EU (z. B. im Vereinigten Königreich) bestehen derzeit bereits längere Verjährungsfristen. Da Deutschland auch zukünftig hinter diesen Regelungen zurück bleibt, werden Anreize gesetzt, Schadenersatzprozesse in anderen Mitgliedstaaten zu führen. Eine Prozessführung im Ausland dürfte für deutsche Unternehmen, egal ob auf Kläger- oder Beklagtenseite, sowie für Verbraucher zu höherer Rechtsunsicherheit und möglicherweise auch zu höheren Prozesskosten führen, ohne dass hiermit erkennbare wettbewerbspolitische Vorteile verbunden wären.

2.4.2.2 Absolute Verjährungsfristen

83. Absolute Verjährungsfristen sind nach der Richtlinie grundsätzlich möglich. Diese räumt den Mitgliedstaaten nämlich das Recht ein, derartige absolute Verjährungsfristen einzuführen oder beizubehalten, sofern diese die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.[68] Im deutschen Recht finden sich heute absolute Verjährungsfristen in § 199 Abs. 3 BGB. Demnach verjähren Schadenersatzansprüche erstens ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und zweitens ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist.

84. Die Monopolkommission empfiehlt, auch zukünftig im deutschen Recht absolute Verjährungsfristen für Schadenersatzansprüche aus Wettbewerbsverstößen vorzusehen, schon um einen Gleichlauf zwischen den allgemeinen Verjährungsregeln im BGB und den besonderen Regelungen für Kartellschadenersatz zu erreichen.

85. Nach § 33h Abs. 3 GWB-E sind anders als in § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB für den Verjährungsbeginn nicht nur die Entstehung des Schadenersatzanspruchs, sondern auch die Beendigung der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Diese Regelung ist zu begrüßen. Da Kartellschadenersatzansprüche (anders als die Schadenersatzansprüche, auf die sich § 199 Abs. 3 BGB üblicherweise bezieht) zumeist aus geheimen Handlungen herrühren, wissen Geschädigte häufig nicht, dass ein Schadenersatzanspruch entstanden ist. Daher könnte das Abstellen auf die Entstehung des Schadenersatzanspruchs dazu führen, dass häufig Ansprüche vor Kenntnisnahme des Geschädigten verjähren. Zudem wäre es sinnvoll gewesen, für Kartellschadenersatzklagen eine absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren statt der derzeitigen

---

[66] § 199 Abs. 1 BGB.

[67] § 195 BGB.

[68] Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2014/104/EU.

10 Jahre anzusetzen, um die Effektivitätsforderung aus Erwägungsgrund 36 der Richtlinie zu erfüllen. Die unveränderte Übertragung von § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB könnte nämlich die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz behindern und somit im Widerspruch zu den Regelungen der Richtlinie stehen.

86. § 199 Abs. 3 Nr. 2 BGB konnte in dem Referentenentwurf hingegen ohne größere Änderungen auf die Kartellschadenersatzanspruchsverjährung übertragen werden. Auch eine Verjährung nach 30 Jahren birgt zwar bei langandauernden Kartellverstößen die Gefahr, dass Ansprüche aus den ersten Jahren des Verstoßes bei Aufdeckung bereits verjährt sind, wenn als Verjährungsbeginn der Zeitpunkt der Zuwiderhandlung herangezogen wird. Nach einer so langen Frist wie 30 Jahre ist nach Auffassung der Monopolkommission jedoch den Zielen Rechtsfrieden und Rechtssicherheit höhere Bedeutung beizumessen als dem Anspruch des Geschädigten auf vollen Ersatz des entstandenen Schadens.

2.4.2.3 Verjährung und indirekt Geschädigte

87. Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen stellt für indirekt Geschädigte eine noch größere Gefahr dar als für direkt Geschädigte. Es liegt nahe, dass indirekte Abnehmer eines Kartells häufig später als direkte Abnehmer von Schadenersatzansprüchen erfahren, die sie geltend machen können. Eine wichtige Gelegenheit für indirekte Abnehmer, auf etwaige Ansprüche aufmerksam zu werden besteht darin, dass die direkten Abnehmer Schadenersatzansprüche geltend machen. Kartellbeteiligte Unternehmen könnten versucht sein, zivilrechtliche Klagen von direkten Abnehmern zu verzögern, um die Verjährung von Ansprüchen indirekter Abnehmer zu erreichen. Das Risiko von Verzögerungen besteht insbesondere im Fall von Vergleichsverhandlungen, da kartellbeteiligte Unternehmen versucht sein könnten, langwierige Vergleichsverhandlungen zu führen, um eine Klageerhebung zu verhindern.

88. Es sollte jedoch verhindert werden, dass derartige Verzögerungsmöglichkeiten von kartellbeteiligten Unternehmen genutzt werden, um sich effektiv der Haftung zu entziehen. Grundsätzlich wird dem schon dadurch vorgebeugt, dass für direkte Abnehmer die gleichen Verjährungsfristen gelten wie für indirekte Abnehmer. Es liegt nahe, dass direkte Abnehmer sobald die Verjährungsfrist näher rückt, ihre Ansprüche vor Gericht geltend machen, um einer Verjährung vorzubeugen.

89. Allerdings enthält der durch die Richtlinie vorgegebene Rechtsrahmen keine Regelung für Nachteile, die sich für indirekte Abnehmer aus einer Verjährungsverzichtsvereinbarung ergeben können. Es ist denkbar, dass kartellbeteiligte Unternehmen bei einer drohenden Klage durch einen direkten Abnehmer zu einer Verjährungsverzichtsvereinbarung bereit sind, etwa um die Verhandlungen um einen für sie günstigen Vergleich nicht zu gefährden. Diese würde bewirken, dass zwar der direkte Abnehmer nicht mehr gezwungen ist, vor Ablauf der Verjährungsfrist tätig zu werden. Ein solches Vorgehen könnte sich jedoch zum Nachteil der indirekten Abnehmer auswirken, da sie einer Möglichkeit beraubt werden, auf mögliche Schadenersatzansprüche aufmerksam zu werden. Da die direkten Abnehmer ohnehin nicht verpflichtet sind, Schadenersatzklagen zu erheben, kann man jedoch nicht von einer tatsächlichen Schlechterstellung sprechen.

90. Den beschriebenen negativen Effekten einer Verjährungsverzichtsvereinbarung könnte nach Auffassung der Monopolkommission dennoch dadurch begegnet werden, dass bei Abschluss einer solchen Vereinbarung industrielle Abnehmer und betroffene Verbraucherverbände in Kenntnis zu setzen sind.

2.5 Gesamtschuldnerische Haftung

91. In einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht ist häufig mehr als ein Unternehmen verwickelt. Daher ist zu regeln, in welcher Höhe ein einzelnes am Wettbewerbsverstoß beteiligtes Unternehmen haften soll. Hierzu dient die Rechtsfigur der gesamtschuldnerischen Haftung, die sich im deutschen Recht in §§ 420 ff. BGB findet. Im Rahmen einer Gesamtschuld hat jedes einzelne beteiligte Unternehmen einem Geschädigten den vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens zu leisten. Der Geschädigte kann freilich den Schadenersatz nur einmal einfordern. Sofern ein Unternehmen mehr als den ihm zurechenbaren Schaden ersetzt, entstehen ihm Ausgleichsansprüche gegenüber den anderen am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen.

2.5.1 Die Regelungen der Richtlinie

92. Die gesamtschuldnerische Haftung wird in Art. 11 der Richtlinie geregelt. Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, haften mit der Wirkung, dass jedes dieser Unternehmen zum vollständigen Ersatz des Schadens verpflichtet ist. Der Geschädigte hat das Recht, von jedem von ihnen vollständigen Schadenersatz zu verlangen.

93. Kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) werden nach den Vorgaben der Richtlinie bei der gesamtschuldnerischen Haftung privilegiert. Sofern ein KMU kein Kartellführer oder Wiederholungstäter ist, haftet es lediglich gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern, wenn sein Marktanteil während der Zuwiderhandlung stets weniger als fünf Prozent betrug und die Anwendung der normalen Regeln zur gesamtschuldnerischen Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben würde.

94. Ebenso werden Kronzeugen bei der gesamtschuldnerischen Haftung privilegiert. Diese haften grundsätzlich nur gegenüber ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten. Gegenüber anderen Geschädigten haften sie nur dann, wenn von den anderen Kartelltätern kein vollständiger Schadenersatz erlangt werden kann. Auch im Innenverhältnis darf der Ausgleichsbetrag, den ein Kronzeuge an andere Rechtsverletzer zu entrichten hat, nicht höher sein, als der Schaden, den er seinen eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern und Lieferanten verursacht hat.

2.5.2 Umsetzungsbedarf

2.5.2.1 Unternehmensbegriff

95. Nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie haften Unternehmen, „die […] gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben“. Auch nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie handelt es sich bei dem Rechtsverletzer um „das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“.[69] Im Folgenden soll geklärt werden, inwiefern diese Regelungen auf europäischem Primärrecht beruhen und inwieweit dadurch ein Umsetzungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber entsteht.

96. Nach der europäischen Rechtsprechung zu Art. 101 f. AEUV leitet sich die Haftung des Unternehmens von dessen persönlicher Verantwortlichkeit für die kartellrechtliche Zuwiderhandlung ab.[70] Die persönliche Verantwortlichkeit trifft dabei das Unternehmen als wirtschaftliche und nicht als rechtliche Einheit. Das dürfte einheitlich im Bußgeld- und im Schadensrecht gelten.[71] Allerdings bedeutet die persönliche Verantwortlichkeit nicht, dass das Unternehmen selbst als haftbares Rechtssubjekt anzusehen wäre. Im Rechtsverkehr handeln vielmehr Personen im Rechtssinne oder teilrechtsfähige Organisationsstrukturen[72] für das Unternehmen, und zwar auch bei Zuwiderhandlungen, die eine persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens begründen können. Außerdem muss von der persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens die Möglichkeit abgeleitet werden, bestimmte Rechtsträger in Anspruch zu nehmen.

97. Nach der europäischen Rechtsprechung findet deshalb im Bußgeldrecht eine mehrfache Zurechnung statt: Zuerst wird das Verhalten des handelnden Vertreters dem direkt beteiligten Unternehmensteil (rechtliche Einheit) zugerechnet.[73] Außerdem kann, unter den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen, das Verhalten eines Unter-

---

[69] So auch Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

[70] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 27 ff.

[71] Siehe zum Schadensrecht: EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone u. a., ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 37 und Tenor, wo wie im Bußgeldrecht auf die Haftung des „Unternehmens“ abgestellt wird.

[72] So z. B. Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

[73] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 m. Verweis auf EuGH, Urteil vom 7. Juni 1983, 100-103/80 – Musique Diffusion Française, ECLI:EU:C:1983:158, Slg. 1983, 1825, Rz. 97 f. u. a.

nehmensteils (z. B. einer Tochtergesellschaft) anderen Unternehmensteilen zugerechnet werden (z. B. einer Muttergesellschaft).[74] Abgeleitet von der (materiellen) persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens werden umgekehrt diejenigen rechtlichen Einheiten, die Teil des Unternehmens sind, mit einem vollstreckbaren Rechtstitel als (formelle) Haftungsadressaten in Anspruch genommen.[75] Im EU-Bußgeldrecht wird also zwischen der persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit und der Frage unterschieden, welches rechtlich relevante Verhalten rechtlicher Einheiten wechselseitig zurechenbar ist bzw. welche rechtliche Einheiten (formell) in Anspruch genommen werden können.

98. Hinsichtlich des zivilen Schadensrechts hat die europäische Rechtsprechung – anders als im Bußgeldrecht – bisher keine eindeutigen Vorgaben dazu entwickelt, ob bzw. in welchem Umfang dies eine Haftung aller Teile eines Unternehmens erfordert. Zwar gilt der Grundsatz, dass jedermann von einem Unternehmen Ersatz des Schadens verlangen können muss, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist. Allerdings ist es Sache der nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung dieses Rechts zu gewährleisten und die Rechte zu schützen, die das Unionsrecht dem Einzelnen verleiht.[76] Dies gilt auch in Hinblick auf die Frage, inwieweit der Umfang eines individuellen Verschuldens von rechtlich selbstständigen Teilen einer wirtschaftlichen Einheit zu berücksichtigen ist. Die europäische Rechtsprechung hat insoweit lediglich entschieden, dass das europäische Kartellrecht einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften.[77]

99. Nach dem bestehenden deutschen Kartellschadensrecht wird das vorsätzliche oder fahrlässige Verschulden (d. h. die materielle Verantwortlichkeit) zugerechnet, und zwar sowohl von Vertretern (§§ 31, 89 BGB) wie auch in Konzernstrukturen (§ 831 BGB).[78] Mehrere Teile eines Konzerns haften bei gemeinschaftlicher Begehung (§ 830 BGB), wenn jedem von ihnen Verschulden zuzurechnen ist. Die Verschuldenszurechnung erfolgt stets zu Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähigen Organisationsstrukturen, d. h. rechtlichen und nicht wirtschaftlichen Einheiten. Damit ist ein eigenes oder zugerechnetes Verschulden jedes einzelnen Gliedes in der Haftungskette erforderlich. Weil aber bei jedem Glied der Haftungskette ein Verschuldensnachweis erforderlich ist, laufen – anders als im EU-Recht – die (materielle) Verantwortlichkeit und (formelle) Haftung im Ergebnis gleich.

100. Die Schadenersatzrichtlinie sieht nun zwar die Schadenersatzpflicht des Unternehmens vor, lässt aber nationale Zurechnungs- und Verschuldensnormen unberührt.[79] Wenn die Richtlinie eine Möglichkeit zur Inanspruchnahme des gesamten Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit vorschreiben würde, ginge sie über die europäische Rechtsprechung zu Art. 101 f. AEUV hinaus. Denn diese erfordert wie erwähnt nur eine „wirksame“ Durchsetzung des EU-Kartellrechts.[80] Damit lässt die Rechtsprechung einen gewissen Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten nationalen Rechts.

101. Bei einer Auslegung der Richtlinie auf Basis der europäischen Rechtsprechung dürfte die Vorgabe, dass der Geschädigte das Recht, vollständigen Ersatz seines Schadens von dem seine Rechte verletzenden „Unternehmen […] zu verlangen, wirksam geltend machen kann“[81], dahin gehend zu verstehen sein, dass die (materielle) Verantwortlichkeit

---

[74] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 m. Verweis auf EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 57 f., 77.

[75] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 91 m. w. N.

[76] EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 21 f.

[77] EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone u. a., ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 37. In Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung bleibt es nach dieser Rechtsprechung jedoch hinsichtlich der Modalitäten für die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz bei den Grundsätzen des nationalen Rechts; siehe ebenda, Rz. 24. Siehe in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU; dazu sogleich unten Tz. 100.

[78] Siehe zum selben Gedanken im Schuldrecht auch §§ 276, 278 BGB.

[79] Art. 2 f. bzw. Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU.

[80] EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 21 f.

[81] Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit trifft und dass das Unternehmen in einem Rahmen in Anspruch genommen werden können muss, der gewährleistet, dass der Kläger seinen Schadenersatzanspruch „wirksam" geltend machen kann. Diese grundsätzliche materielle Verantwortlichkeit muss dabei alle Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähigen Organisationsstrukturen treffen, die Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind.

102. Die Richtlinie schließt aber gleichwohl nicht aus, dass das nationale Recht es nur gestattet, einzelne Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähige Organisationsstrukturen in Anspruch zu nehmen, sofern die zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist, dass jene Rechtsträger ein Verschulden trifft oder es ihnen zuzurechnen ist.[82] Eine Grenze ist lediglich dann überschritten, wenn eine solche zusätzliche Voraussetzung die wirksame Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vereitelt. Das ist nach den Verschuldensvoraussetzungen des deutschen Rechts indes nicht anzunehmen.

103. Einer derartigen Beschränkung der Haftung auf Fälle verschuldeter Zuwiderhandlungen dürfte auch die Feststellungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen nicht entgegenstehen.[83] Zwar stellen die Kartellbehörden bei einer Entscheidung auf Grundlage der EU-Kartellrechtsvorschriften (Art. 101 f. AEUV) die Zuwiderhandlung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit fest. Die Feststellungswirkung einer Entscheidung geht aber nicht weiter als die in den genannten Vorschriften enthaltenen Vorgaben zum Umfang der persönlichen Haftung für Kartellrechtsverstöße. Damit steht sie einer verschuldensabhängigen Haftungsausgestaltung nicht entgegen.

104. Das bedeutet, dass im Rahmen der Richtlinienumsetzung zwar keine Regelung erforderlich sein dürfte, um die Schadenersatzpflicht verschuldensunabhängig auf das gesamte Unternehmen zu erstrecken. Insofern ist also nicht zu beanstanden, dass der Referentenentwurf hier keine Regelung vorsieht. Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre allerdings eine Regelung zu begrüßen, die explizit vorsieht, dass neben dem Anspruchsverpflichteten, dem das Verhalten seiner Vertreter nach §§ 31, 89 BGB zuzurechnen ist, ein Schadenersatzanspruch auch in folgendem Fall gegeben ist:

Natürliche und juristische Personen sowie Personenvereinigungen sind in gleicher Weise zum Ersatz des Schadens verpflichtet wie die juristischen Personen und Personenvereinigungen,

a) mit denen sie zur Zeit des Verstoßes ein Unternehmen gebildet haben und

b) mit denen sie durch die gemeinschaftliche vorsätzliche und fahrlässige Begehung des Verstoßes einen Schaden verursacht haben.

105. Mit einer solchen Regelung würde klargestellt, dass die Schadenersatzpflicht in Fällen europarechtlicher Kartellrechtsverstöße zwei voneinander zu unterscheidende Grundlagen hat: die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens (EU-Vorgabe) und die konkrete Haftung im Einzelfall, die durch ein eigenes Verschulden (nationales Recht) ausgelöst wird.

106. Auch im Falle einer Aufnahme einer solchen Regelung in das Gesetz verbleiben allerdings offene Fragen. Erstens hat aus Sicht der Monopolkommission die Entwicklung im Bußgeldrecht gezeigt, dass Unternehmen durch Umstrukturierung Haftungslücken gezielt ausnutzen.[84] Zweitens wäre es mit Blick auf die Sicherstellung einer einheitlichen Haftung konsequent, wenn der Gleichlauf bzgl. des persönlichen Haftungsumfangs im Kartellschadenersatz und im Kartellbußgeldrecht aufrechterhalten würde. Ein solcher Gleichlauf besteht bislang ausgehend von einer verschuldensabhängigen Haftung der rechtlichen Einheit. Die Änderungen, die der Referentenentwurf hinsichtlich der bußgeldrechtlichen Haftung vorsieht, werden zu einer Erweiterung der bußgeldrechtlichen Haftung und damit zur Aufgabe der Kohärenz der Haftung im Bußgeldrecht und im Schadenersatzrecht führen.

107. Gegen eine an das Bußgeldrecht angelehnte Erweiterung der Haftung im Zivilrecht könnte hingegen sprechen, dass hierdurch die Einheit der Haftungsgrundsätze im deutschen Zivilrecht aufgeweicht würde. Außerdem werden Bedenken geäußert, dass spezielle Haftungsregelungen im Kartellrecht eine Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsgebiete haben könnten. Allerdings wird der Kartellschadenersatz speziell im GWB und nicht im allgemeinen Zivilrecht

[82] Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU.

[83] Anders: Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, § 33 Rz. 32.

[84] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff.

geregelt, sodass ohnehin kein einheitliches Haftungssystem besteht. Eine Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsgebiete ist zwar denkbar, aber nicht sehr wahrscheinlich, da es sich mit dem Kartellrecht um ein spezielles Rechtsgebiet handelt.

108. Dennoch stellt sich auch in anderen Rechtsgebieten die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn ein EU-Sekundärrechtsakt die Haftung des „Unternehmens“ vorsieht.[85] Die vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung, die das Verschuldenserfordernis als Haftungsvoraussetzung festschreibt und damit drohender Rechtsunsicherheit vorbeugt, könnte insofern als Vorbild für andere Rechtsgebiete dienen.

2.5.2.2 Privilegierung von KMU und Kronzeugen

109. Nach den Vorgaben der Richtlinie sind KMU gemäß der Definition in der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission und Kronzeugen bei der gesamtschuldnerischen Haftung zu privilegieren. Grundsätzlich soll eine Haftung dieser Kartelltäter nur gegenüber ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern bzw. Lieferanten bestehen. Eine solche Bevorzugung existiert bisher nicht im deutschen Recht.[86]

110. Um eine richtlinienkonforme Umsetzung zu erreichen, müssen beide genannten Vorgaben zur Privilegierung in der gesamtschuldnerischen Haftung in das deutsche Recht überführt werden. Die Sinnhaftigkeit der Vorgaben erschließt sich in unterschiedlichem Maße. Die Privilegierung der KMU ist rechtspolitisch problematisch und dürfte in der Praxis kaum Bedeutung erlangen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird die Haftungsbeschränkung nur greifen, wenn die Anwendung der normalen Regeln die Aktiva des KMU jeglichen Werts berauben würde. In der Begründung des Referentenentwurfs wird zu Recht darauf hingewiesen, dass dies nicht bereits dadurch geschieht, dass das schadenersatzpflichtige Unternehmen insolvent wird.[87] Nur wenn auch eine Übernahme oder der Verkauf von Vermögenswerten sich unwahrscheinlich oder unmöglich darstellen, dürfte die Voraussetzung erfüllt sein. Zudem enthält die Richtlinie die Inkonsistenz, dass KMU durch die Richtlinie zwar im Außenverhältnis privilegiert werden, aber keine entsprechende Vorschrift für das Innenverhältnis besteht. In § 33d Abs. 3 GWB-E wird diese logische Lücke geschlossen, indem der Innenregress parallel zum Außenregress geregelt wird. Die Monopolkommission hat bereits darauf hingewiesen, dass bei der Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe die Nachweisanforderungen bzgl. der Marktanteile im Kartellzeitraum und der Bedrohung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der KMU so ausgestaltet werden sollten, dass Verfahrensverzögerungen verhindert werden.[88] Hierzu finden sich allerdings im Referentenentwurf keine Regelungen.

111. Die Privilegierung der Kronzeugen hingegen soll die zukünftige Attraktivität von Kronzeugenprogrammen gewährleisten. Der den Kronzeugen gewährte Bußgelderlass könnte nämlich durch Schadenersatzansprüche von Kartellgeschädigten unterminiert werden. Kronzeugen wären ohne eine Haftungsprivilegierung häufig das erste Ziel von Schadenersatzklagen. Die Richtlinie löst dieses Problem, indem sie die gesamtschuldnerische Haftung auf die unmittelbaren Abnehmer und Lieferanten des Kronzeugen beschränkt und diesen ansonsten nur subsidiär in dem Fall haften lässt, dass von den anderen Kartelltätern kein Schadenersatz verlangt werden kann. Im Ergebnis werden Kronzeugen in der Zukunft in doppelter Hinsicht besser gestellt. Erstens profitieren sie von einem Erlass oder einer Verringerung des Bußgelds. Zweitens sind sie in Bezug auf Schadenersatzansprüche besser gestellt als ihre Mittäter. An dieser doppelten Besserstellung könnte zwar kritisiert werden, dass sie den Kronzeugen über Gebühr schützt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Regelung der Richtlinie mit dem Kronzeugenprogramm das zentrale Instrument der Wettbewerbsbehörden zur Kartellentdeckung weiter gestärkt wird, was grundsätzlich zu begrüßen ist.

---

[85] Siehe zum Datenschutzrecht: Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daren, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. vom 4. Mai 2016 L 119/1, Art. 83 Abs. 5: „Bei Verstößen […] werden im […] Geldbußen von bis zu 20 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt […]“. Hervorhebung hinzugefügt.

[86] Vgl. §§ 420 ff. BGB.

[87] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 58 f.

[88] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 953.

112. Die Privilegierung von KMU und Kronzeugen könnte gewisse rechtliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Die dadurch entstehende gestörte Gesamtschuld dürfte es Kartellgeschädigten erschweren, Schadenersatzansprüche erfolgreich geltend zu machen. Dies könnte zu längeren Verfahren führen und so die Attraktivität des privaten Schadenersatzes verringern. Insbesondere die Vorgabe, dass Kronzeugen nur subsidiär haften, dürfte in dem Fall, dass Kläger keinen vollständigen Schadenersatz von den anderen Kartellbeteiligten erlangen können, zu höheren Prozesskosten und einem späteren Zeitpunkt des Schadenersatzes führen. Mit § 33e Abs. 2 GWB-E wird diesem Problem zumindest teilweise vorgebeugt, indem eine Schadenersatzpflicht des Kronzeugen für den Fall ausgeschlossen wird, dass die Schadenersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind. Diese Konkretisierung dürfte im Einklang mit der Richtlinie stehen. Da in der Richtlinie ebenfalls Verjährungsfristen vorgesehen sind, dürfte es nicht im Sinne der Richtlinie sein, wenn diese aufgrund der besonderen Voraussetzungen der Anspruchsentstehung in der subsidiären Haftung der Kronzeugen unterlaufen werden. Die Vorgabe der Richtlinie, in diesem Zusammenhang Verjährungsfristen vorzusehen, die angemessen und ausreichend sind, damit die Geschädigten die entsprechenden Klagen erheben können, schränkt zwar den Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ein.[89] Die genannte Regelung dürfte jedoch dennoch von dem Umsetzungsspielraum erfasst sein.

113. Die Monopolkommission hat sich davon abgesehen bereits vor Erlass der Richtlinie mit den Bedenken des Bundeskartellamtes auseinandergesetzt, dass die Haftungsprivilegierung von Kronzeugen dazu führen könnte, dass Geschädigten als „Betroffenen“ im kartellbehördlichen Verfahren ein Recht auf Beteiligung einzuräumen ist.[90] Dies könnte nach Auffassung des Bundeskartellamtes problematisch sein, weil das Bundeskartellamt dann mit Anträgen auf Anhörung und Akteneinsicht vonseiten der potenziell Geschädigten überhäuft werden könnte. Das behördliche Verfahren würde dann mit Fragen überladen werden, die lediglich für die zivilrechtlichen Verfahren relevant sind. Insbesondere müsse sich das Bundeskartellamt im Bußgeldverfahren nicht mit der konkreten Bemessung des Schadens auseinandersetzen. Gerade diese Frage sei für potenziell Geschädigte jedoch von zentraler Bedeutung.

114. Formelle und materielle Umstände sprechen allerdings gegen eine Qualifizierung der Geschädigten als Betroffenen des kartellbehördlichen Verfahrens. Geschädigte sind im kartellbehördlichen Verfahren lediglich mittelbar betroffen. Es ist daher fraglich, ob aus dieser mittelbaren Betroffenheit ein Recht auf Beteiligung erwächst. Zudem wären Geschädigte nur dann Betroffene, wenn sie durch die Anerkennung eines Kronzeugen haftungsrechtlich schlechter gestellt werden könnten. Üblicherweise ist jedoch gerade das Gegenteil der Fall. Durch Kronzeugenregelungen und die daraus resultierenden Entscheidungen des Bundeskartellamtes werden Geschädigte erst in die Lage versetzt, Ersatz für ihren Schaden zu verlangen. Zwar werden sie durch die Haftungsprivilegierung des Kronzeugen in ihrer Freiheit, aus dem Kreis der am Verstoß beteiligten Unternehmen zu wählen, eingeschränkt. Da Kronzeugen jedoch subsidiär zu den anderen am Verstoß beteiligten Unternehmen haften, kann hier nicht von einer materiellen Schlechterstellung ausgegangen werden. Nur in seltenen Fällen dürften Geschädigte daher aufgrund der Haftungsprivilegierung von Kronzeugen als Betroffene des kartellbehördlichen Verfahrens zu qualifizieren sein.

2.5.2.3 Innenausgleich

115. Die Richtlinie beinhaltet überdies Beschränkungen für die Ausgleichszahlungen von Kronzeugen an andere Kartellteilnehmer im Innenverhältnis. Derzeit gelten für die Ausgleichungspflicht zwischen Rechtsverletzern des Wettbewerbsrechts im nationalen Recht § 426 sowie § 840 BGB. Eine Besserstellung für Kronzeugen ist dort nicht vorgesehen. Zur Umsetzung der Richtlinie ist daher eine ihren Vorgaben entsprechende Regelung einzuführen.

116. Bei der Bestimmung der jeweiligen Anteile im Innenverhältnis lässt die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber einen gewissen Umsetzungsspielraum. Die Anteile haben sich nach Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie anhand der relativen Verantwortung des einzelnen Rechtsverletzers zu bemessen. Laut Erwägungsgrund 37 der Richtlinie sind diese nach nationalem Recht festzusetzen, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind.

---

[89] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 11 Abs. 4 S. 2.

[90] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 952.

117. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes[91] werden die Anteile anhand der individuellen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge sowie der für die Bemessung der Geldbußen maßgeblichen Tatsachen bemessen. Dieses Vorgehen entspricht den Vorgaben der Richtlinie, sodass insoweit kein Anpassungsbedarf für das deutsche Recht besteht. Nach § 33d Abs. 2 GWB-E hängen die Anteile der Gesamtschuldner im Innenregress „von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben." Die bestehende Rechtsprechung dürfte in diesem Rahmen weiter anwendbar sein.

2.6 Abwälzung des Preisaufschlags

118. Eine Abwälzung des durch den Wettbewerbsverstoß bedingten Preisaufschlags findet statt, wenn direkt Geschädigte eines Kartells die kartellbedingte Preiserhöhung (teilweise) an die nachgelagerte Marktstufe weitergeben. Für die Aktivlegitimation im Schadenersatzprozess ist es notwendig, Entstehung und Umfang des Schadens nachzuweisen, sodass indirekt Geschädigte nur einen Anspruch auf Schadenersatz haben, sofern eine Abwälzung festgestellt wird. Direkt Geschädigte haben dagegen einen Anspruch auf Schadenersatz, sofern keine Abwälzung festgestellt wird. Insbesondere die Beweislastverteilung hinsichtlich einer Abwälzung des Preisaufschlags ist daher ein zentrales Regelungsgebiet der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.

2.6.1 Die Regelungen der Richtlinie

119. Die Abwälzung des Preisaufschlags wird in den Art. 12 bis 15 der Richtlinie behandelt. Jeder Geschädigte soll demnach Schadenersatz verlangen können, unabhängig davon, ob er unmittelbarer oder mittelbarer Abnehmer des Rechtsverletzers ist. Mittelbar Geschädigte haben nach der Richtlinie die Beweislast für eine Schadenabwälzung.

120. Beklagte können gegenüber unmittelbar Geschädigten und mittelbar Geschädigten, die nicht Endverbraucher des Produktes waren, nach der Richtlinie geltend machen, dass der Kläger den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben habe (sogenannter Ab- oder Weiterwälzungseinwand). Die Beweislast trägt dabei der Beklagte.

121. Eine Überkompensation soll durch die Vorgaben der Richtlinie ebenso verhindert werden wie eine Unterkompensation. In der Richtlinie finden sich daher Regelungen, die eine mehrfache Haftung oder eine fehlende Haftung des Rechtsverletzers verhindern sollen.[92]

2.6.2 Umsetzungsbedarf

122. Der europäische Ansatz zielt insgesamt darauf ab, dass ein Schaden dort geltend gemacht werden kann, wo er tatsächlich angefallen ist. Wenn direkt Geschädigte durch die Abwälzung eines Preisaufschlags (teilweise) vermeiden, dass sie von dem Kartell geschädigt werden, sollen nicht diese von den Kartellanten (vollständigen) Schadenersatz verlangen können, sondern die indirekt Geschädigten, bei denen ein Schaden entstanden ist. In mancher Hinsicht entspricht diese Systematik der aktuellen deutschen Rechtslage, die maßgeblich vom Bundesgerichtshof in dessen ORWI-Urteil[93] entwickelt wurde. Unterschiede bestehen jedoch in Hinblick auf die Regelungen zum Nachweis der Abwälzung des Preisaufschlags. Die Richtlinie erleichtert insofern sowohl die Geltendmachung von Ansprüchen mittelbar Geschädigter als auch die Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands. Gegenüber der bisherigen deutschen Rechtsprechung führt dies zu einer Stärkung der mittelbar Geschädigten und zu einer Schwächung der unmittelbar Geschädigten.

---

[91] BGH, Urteil vom 18. November 2014, KZR 15/12 – Calciumcarbid-Kartell II, BGHZ 203, 193-218, Rz. 32.

[92] Siehe insb. Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12 Abs. 1 und 2.

[93] BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172.

2.6.2.1 Ansprüche mittelbar Geschädigter

123. Die Richtlinie nennt drei Anforderungen an den Nachweis einer Abwälzung des Preisaufschlags auf den mittelbaren Abnehmer.[94] Der Beweis gilt als erbracht, wenn der Beklagte (1) eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, (2) die Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge hatte und (3) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung waren oder aus solchen hervorgingen oder sie enthielten.

124. Regelungen aus anderen Teilen der Richtlinie erleichtern mittelbar Geschädigten diesen Nachweis der Schadensabwälzung. Da die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie in einem Verfahren über eine Klage auf Schadenersatz bindend ist, gilt bei Follow-on-Klagen die Zuwiderhandlung bereits als festgestellt. Eine bestandskräftige Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats dient nach Art. 9 Abs. 2 zumindest als Anscheinsbeweis. Das deutsche Recht geht bereits heute über diese Regelungen hinaus. Nach § 33 Abs. 4 GWB ist ein Gericht im Schadenersatzverfahren

> *„an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. […]“*

Außerdem wird dem mittelbar Geschädigten der Nachweis eines Preisaufschlags durch eine Vermutungsregelung in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie erleichtert.[95]

125. Eine Weitergabe des Schadens wird nach Art. 14 Abs. 2 zugunsten mittelbarer Abnehmer bereits dann angenommen, wenn der mittelbare Abnehmer relevante Waren oder Dienstleistungen bzw. weiterverarbeitete Produkte erworben hat. Nach der aktuellen deutschen Rechtlage sind die Anforderungen an den Beweisgegenstand in Hinblick auf die Weitergabe des Schadens deutlich höher. Zum Nachweis der Abwälzung des Preisaufschlags muss nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofes zunächst einmal eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten vorliegen. Zudem muss nach dem Maßstab adäquater Kausalität ein Zusammenhang zwischen dem Wettbewerbsverstoß und der Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten nachgewiesen werden.[96] Prüfungsfaktoren sind nach dem Bundesgerichtshof die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität auf der betroffenen Marktstufe.

126. Durch die Umsetzung der Richtlinie im Referentenentwurf sind diese vom Bundesgerichtshof aufgestellten Nachweisanforderungen für die Abwälzung des Preisaufschlags an mittelbare Abnehmer oder Lieferanten nicht mehr haltbar. Die Nachweisanforderungen im Referentenentwurf umfassen weder den Nachweis einer Preiserhöhung auf dem Anschlussmarkt noch den Nachweis einer Kausalität. Vielmehr genügt der Nachweis einer Zuwiderhandlung und der mittelbaren Abnahme einer Ware oder Dienstleistung, um (durch den Beklagten widerlegbar) als mittelbar Geschädigter anerkannt zu werden.

2.6.2.2 Weiterwälzungseinwand

127. Der Beklagte kann nach Art. 13 der Richtlinie geltend machen, dass der Kläger den Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat. Er trägt zwar dafür die Beweislast, kann zu diesem Zweck aber in angemessener Weise Offenlegungen vom Kläger oder Dritten verlangen. Die Regelung betrifft im Übrigen lediglich den Vermögensschaden. Der entgangene Gewinn infolge einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung des Preisaufschlags ist nach der Richtlinie als eigener Schadensposten einzuklagen.[97]

---

[94] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 14 Abs. 2. Nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie gelten diese Regelungen entsprechend für Lieferanten.

[95] Dazu ausführlich in Tz. 144 ff.

[96] BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 44 f. Zu den hohen Nachweisanforderungen siehe auch LG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2015, 14d O 4/14 – Autoglas-Kartell.

[97] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12, Abs. 3.

128. Nach geltendem deutschen Recht existiert bereits die Möglichkeit eines solchen Weiterwälzungseinwands. Abweichungen könnten jedoch bei den Offenlegungspflichten bestehen. Der Bundesgerichtshof formuliert insofern explizite Anforderungen zur Begründung einer Mitwirkungspflicht des Geschädigten:

> *„Unter diesen Umständen kann eine sekundäre Darlegungslast der einen Kartellschaden einklagenden Abnehmer nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls in Betracht kommen. Je höher die – vom Kartellteilnehmer darzulegende – Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung des Schadens und je größer seine Beweisnot ist, desto eher kann dem Geschädigten eine gewisse Mitwirkung an der Aufklärung der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände zugemutet werden."*[98]

Außerdem muss der Beklagte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nachweisen, „dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist."[99]

129. Die Feststellungen des Bundesgerichtshofes in seinem ORWI-Urteil zu Offenlegungspflichten des Klägers könnten in Konflikt mit den Vorgaben der Richtlinie stehen. Nach der Richtlinie muss der Beklagte die Möglichkeit haben „in angemessener Weise" Offenlegungen von Seiten des Klägers zu verlangen. Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofes kommt eine Offenlegung „nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls" in Betracht. Soweit diese Vorgabe strenger als die maßgebliche Richtlinien-Bestimmung ausgelegt wird, dürfte die Rechtsprechung an einer solchen Auslegung nach Umsetzung der Richtlinie nicht festhalten können, da sie hinter der Formulierung der Richtlinie zurückbleibt.

130. Ebenso dürfte zukünftig, anders als nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes in seinem ORWI-Urteil, ein durch den Preisaufschlag verursachter Nachfragerückgang einer Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nicht zwingend im Wege stehen, da Gewinneinbußen nach der Richtlinie separat einzuklagen sind. Würde unter diesen Voraussetzungen ein auf der Weiterwälzung beruhender Nachfragerückgang dennoch den Weiterwälzungseinwand ausschließen, könnte es vorkommen, dass ein direkter Abnehmer doppelt für den Nachfragerückgang entschädigt wird. Erstens könnte er den aufgrund des Nachfragerückgangs entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen. Zweitens könnte er seinen Vermögensschaden einklagen (obwohl dieser abgewälzt wurde). Zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie sollte daher für den Kartellteilnehmer die Pflicht entfallen, bei Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nachzuweisen, dass der Weiterwälzung kein Nachfragerückgang aufgrund der überhöhten Preise entgegensteht.

131. Die durch die Richtlinie vorgesehene Stärkung des Weiterwälzungseinwands könnte in der Praxis zu einer Unterkompensation der Geschädigten insgesamt führen. Derzeit sind es gerade die unmittelbar Geschädigten, die den Ersatz des aus einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht entstandenen Schadens einklagen. Die Anerkennung einer Weiterwälzung führt dazu, dass direkt Geschädigte keine oder nur geringere Schadenersatzansprüche geltend machen können. Dies könnte zwar dadurch ausgeglichen werden, dass die durch eine Weiterwälzung indirekt Geschädigten ihrerseits Schadenersatzansprüche geltend machen. Indirekt Geschädigte haben allerdings in der Regel weniger Einblick in den kartellierten Markt als direkt Geschädigte. Sofern sie überhaupt von dem Kartell Kenntnis erlangen, wissen sie mitunter nicht, ob ihnen ein Schaden entstanden ist. Auch fehlen Informationen über die Schadenshöhe und damit über die finanzielle Attraktivität einer Klage. Es bestehen also Informationsasymmetrien, die sich zugunsten der kartellbeteiligten Unternehmen auswirken könnten. Derartige Informationsasymmetrien zwischen Beklagten und indirekt Geschädigten könnten durch eine gesetzliche Vorgabe gemildert werden, die den Beklagten bei Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands eine Informationspflicht an industrielle Abnehmer/Lieferanten oder Verbraucherorganisationen auferlegt. Zu diesem Zweck wäre eine Mitteilung darüber ausreichend, dass ein Weiterwälzungseinwand vorgebracht wurde und dass der adressierte mittelbare Abnehmer/Lieferant bzw. die Verbraucher zum Kreis der Betroffenen gehören könnten.

132. Häufig handelt es sich auf den späteren Vertriebsstufen außerdem um Streuschäden in geringer Höhe, sodass es sich für den einzelnen indirekt Geschädigten nicht lohnt, seine Rechte geltend zu machen und auch der Nachweis

---

[98] BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 76

[99] BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 69.

eines Schadens deutlich schwerer fällt. Im Rahmen der untenstehenden Ausführungen zum kollektiven Rechtsschutz wird die Monopolkommission auf dieses Thema näher eingehen.

2.6.2.3 Gefahr einer Überkompensation

133. Geschädigte könnten allerdings auch überkompensiert werden, wenn Schadenersatzklagen in derselben Sache von Klägern auf verschiedenen Vertriebsstufen geltend gemacht werden. Insbesondere besteht die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungen einer Weiterwälzung durch unterschiedliche Gerichte.

134. Die Richtlinie enthält verschiedene Vorgaben, die einer Überkompensation entgegenwirken sollen. Zu nennen ist erstens die allgemeine Vorgabe, dass der vollständige Schadenersatz im Rahmen der Richtlinie nicht zu einer Überkompensation führen darf.[100] Zweitens werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, Vorschriften festzulegen, die geeignet sind zu gewährleisten, dass der Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße auf keiner Vertriebsstufe den dort erlittenen Schaden in Form des Preisaufschlags übersteigt.[101] Drittens muss für nationale Gerichte in Schadenersatzverfahren die Möglichkeit bestehen, Klagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, aber von Klägern auf anderen Vertriebsstufen erhoben wurden, gebührend zu berücksichtigen. Das gilt ebenso für Urteile, in denen über Schadenersatzklagen von Klägern von anderen Vertriebsstufen entschieden wurde sowie für relevante Informationen, die infolge der öffentlichen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht öffentlich zugänglich sind.[102] Viertens wird in der Richtlinie eine Verbindung von Klagen als ein geeignetes Verfahrensmittel zur Verhinderung von Überkompensation genannt.[103]

135. Im deutschen Recht existieren bereits verschiedene prozessrechtliche Vorkehrungen, die geeignet sein könnten, einer Überkompensation vorzubeugen. Es bestehen die Möglichkeit des Gläubigerstreits nach § 75 ZPO sowie die Möglichkeit einer Prozessverbindung nach § 147 ZPO.

136. Erstens könnte die in § 75 ZPO verankerte Regelung des Gläubigerstreits den Beklagten vor Mehrfachinanspruchnahme schützen. Voraussetzung für einen solchen Gläubigerstreit ist zunächst eine Streitverkündung[104] durch den Beklagten sowie der Streitbeitritt durch den Dritten. Der Beklagte hat dann die Möglichkeit, den Betrag der Forderung zugunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen und aus dem Rechtsstreit entlassen zu werden. Die Gläubiger setzen dann den Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung allein fort.

137. Fraglich ist jedoch, ob sich das Instrument des Gläubigerstreits in der Praxis durchsetzen wird. Es ist naheliegend, dass Beklagte im Zweifel den Streit nicht verkünden werden, da sie damit Geschädigte auf die Existenz eines Schadenersatzanspruchs eventuell erst aufmerksam machen würden. In vielen Fällen sind auch nicht alle Geschädigten hinlänglich bekannt. Ebenso kann es für Adressaten einer Streitverkündung vorteilhaft sein, nicht in den Rechtsstreit einzutreten, sondern eigene Schadenersatzklagen einzureichen. Gerichte könnten nämlich trotz Streitverkündung zu einer unterschiedlichen Bewertung in Hinblick auf die Frage kommen, ob eine Abwälzung anzunehmen ist. Die unwiderlegte Weiterwälzungsvermutung im Prozess eines mittelbar Geschädigten kann keine Bindungswirkung in Bezug auf die Feststellungen zur Weiterwälzung in einem Prozess haben, bei dem es um den Schaden eines direkt Geschädigten geht. Bei der Prüfung des Weiterwälzungseinwands greifen nämlich die Vermutungsregeln des Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie nicht.[105] Die Streitverkündung hat in dieser Konstellation daher keine Auswirkung auf spätere Prozesse in Bezug auf die Weiterwälzung.[106] Eine Überkompensation kann also nicht verhindert werden.

---

[100] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 3, Abs. 3.

[101] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12, Abs. 2 i. V. m. Art. 12 Abs. 1.

[102] Richtlinie 2014/104/EU, Art. 15 Abs. 1.

[103] Richtlinie 2014/104/EU, Erwägungsgrund 44.

[104] Auf die Möglichkeit der Streitverkündung weist auch der BGH hin: BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 73.

[105] Vgl. Richtlinie 2014/104/EU, Art. 14 Abs. 2, S. 1: „In Situationen nach Abs. 1 wird davon ausgegangen, dass […]"

[106] Siehe dazu Kirchhoff, Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachinanspruchnahme, WuW 10 2015, S. 956

138. Zweitens könnte eine Prozessverbindung nach § 147 ZPO eine Überkompensation verhindern. Diese ist bisher jedoch nur möglich, sofern die Prozesse bei demselben Gericht anhängig sind. Die Verbindung von Klagen, die an zwei unterschiedlichen Gerichten eingehen, kann daher nur realisiert werden, wenn sich das später angerufene Gericht für nicht zuständig erklärt und die Klage an das erstangerufene Gericht verweist. Bei Gerichten aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten existiert diese Möglichkeit nach einer EU-Verordnung bereits, sofern das nationale Recht eine Klageverbindung zulässt.[107] Diese Möglichkeit sollte zumindest für das Wettbewerbsrecht ausdrücklich im deutschen Recht verankert werden. Gleichzeitig sollten Gerichte dazu verpflichtet werden, auf Antrag einer Partei zu prüfen, ob eine eingegangene Klage oder ein anhängiges Verfahren mit einem anderen Verfahren in Zusammenhang steht. Eine solche Verfahrenskonzentration dürfte auch Effizienzgewinne mit sich bringen, da sie zu geringeren Prozesskosten führt und Gerichte entlastet.

139. Nicht möglich ist derzeit hingegen eine Prozessverbindung, wenn ein Verfahren bereits abgeschlossen ist. In der Richtlinie wird für diesen Fall die Vorgabe getroffen, dass Gerichte derartige Urteile berücksichtigen können müssen. Eine Verpflichtung der Gerichte, Urteile anderer Schadenersatzprozesse zu berücksichtigen, besteht nach deutschem Recht allerdings derzeit nicht und wäre auch mit geltendem deutschen Prozessrecht nicht vereinbar. Folglich kann es in diesen Fällen zu unterschiedlichen Bewertungen der Gerichte und damit auch zur Überkompensation kommen. Dies würde allerdings seinerseits gegen die Vorgaben der Richtlinie verstoßen.

140. Gleiches gilt bei Schadenersatzprozessen, bei denen auf den entgangenen Gewinn geklagt wird. Der entgangene Gewinn ist nach den Vorgaben der Richtlinie als eigenständiger Schadensposten einzuklagen. Inkonsistente Ergebnisse entstehen dann, wenn eine Weiterwälzung des Preisaufschlags in einem Kartellschadenersatzverfahren nicht angenommen wird, aber in einem anderen Verfahren ein entgangener Gewinn aufgrund eines Nachfragerückgangs festgestellt wird. Diese Problematik ist schwer aufzulösen, da die Richtlinie vorsieht, dass der entgangene Gewinn als getrennter Anspruch zu behandeln ist, aber eine Bindungswirkung weder von der Richtlinie gefordert noch im deutschen Recht möglich ist.

2.7 Ermittlung des Schadensumfangs

141. Die Schadensbemessung ist ein stark ökonomisch geprägtes Rechtsproblem. Die Ermittlung des Schadensumfangs zählt zu den ökonomisch anspruchsvollsten Aufgaben im Schadenersatzrecht und bedarf mitunter einer umfassenden Analyse durch komplexe ökonomische Modelle.[108] Die folgenden Ausführungen stellen die rechtliche Dimension der Thematik in den Mittelpunkt. Die ökonomische Dimension kann im Folgenden nur gestreift werden.

2.7.1 Die Regelungen der Richtlinie

142. Nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie darf weder die Beweislast noch das Beweismaß für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Wenn der erlittene Schaden nicht genau beziffert werden kann, müssen Gerichte befugt sein, die Höhe des Schadens zu schätzen. Die Vorschriften zur Schadensberechnung und zu den Nachweisanforderungen sind nach dem Erwägungsgrund 46 der Richtlinie allerdings weiterhin Sache der Mitgliedstaaten. Die Anforderungen des nationalen Rechts an die Ermittlung des Schadenumfangs in wettbewerblichen Fällen sollten jedoch weder weniger günstig sein als die Anforderungen an ähnliche innerstaatliches Recht betreffende Klagen (Äquivalenzgrundsatz), noch sollten sie die Ausübung des Unionsrechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

---

[107] Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 vom 20. Dezember 2012, S. 1), Art. 30.

[108] Schwierigkeiten der Schadenermittlung und verschiedene ökonomische Modelle werden diskutiert in: Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Juni 2013, ABl. C 167, S. 19 ff. und Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen.

143. In der Richtlinie wird des Weiteren vorgegeben, dass bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen die widerlegbare Vermutung besteht, dass ein Schaden entstanden ist. Außerdem sollen die nationalen Wettbewerbsbehörden auf Antrag eines nationalen Gerichts diesem bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes behilflich sein können, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde dies für angebracht hält.

2.7.2 Umsetzungsbedarf

2.7.2.1 Entstehung eines Schadens

144. Nach Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie gilt die (widerlegbare) Vermutung, dass Kartelle einen Schaden verursachen.[109] De facto ergibt sich hieraus eine Beweislastumkehr, da nun der Beklagte nachzuweisen hat, dass kein Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer erfolgt ist. Zu dieser Frage gibt es in Deutschland keine gefestigte Rechtsprechung. Zuletzt ist allerdings das Kammergericht Berlin im Wege des Anscheinsbeweises davon ausgegangen, dass sich ein Quotenkartell preissteigernd auswirkte.[110]

145. Geregelt wird allerdings sowohl bei der Vermutungsregel aus der Richtlinie als auch bei der Figur des Anscheinsbeweises nur die objektive Beweislast, die bei Nichterweislichkeit zum Tragen kommt. Es ist davon auszugehen, dass in Schadenersatzverfahren auch nach Umsetzung der Richtlinie umfangreich über die Existenz eines Preisaufschlags gestritten werden wird, da die Regelung des Art. 17 Abs. 2 erst greift, wenn weder vom Beklagten noch vom Kläger ein Nachweis erbracht werden kann.

146. Keine Auswirkungen dürften die Vorgaben der Richtlinie auf den Umgang mit Schadenersatzklagen haben, bei denen der zugrunde liegende Sachverhalt mit einer Verpflichtungszusageentscheidung abgeschlossen wurde. Bundeskartellamt und Europäische Kommission haben nach § 32b GWB bzw. Art. 9 der Verordnung 1/2003 die Möglichkeit, Verpflichtungszusagen für bindend zu erklären, die Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens anbieten und die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Solche Verpflichtungszusageentscheidungen enthalten jedoch zumeist keine Aussagen darüber, ob das beanstandete Verhalten einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dargestellt hat. Schon deshalb kann im Regelfall die Schadensvermutung des Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie in diesen Fällen nicht greifen.

147. Denkbar wäre, auch bei Verpflichtungszusageentscheidungen eine dem Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie entsprechende gesetzliche Vermutungsregelung vorzusehen. Dies würde verhindern, dass Geschädigte rechtlich schlechter gestellt werden, wenn ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht durch eine Verpflichtungszusageentscheidung statt durch eine Untersagungsentscheidung abgestellt wird. Ein solches Vorgehen wäre jedoch rechtlich problematisch, da mit der Verpflichtungsentscheidung kein Verstoß festgestellt wird und somit daraus kaum das Vorhandensein eines auf einen solchen Verstoß zurückführbaren Schadens abzuleiten ist. Außerdem würde eine Vermutungsregel, dass (auch) ein durch Verpflichtungszusagen abgestelltes Verhalten einen Schaden verursacht hat, dieses Instrument für Unternehmen deutlich unattraktiver machen. Verpflichtungszusageentscheidungen besitzen jedoch deutliche Vorzüge. Sie erfordern weniger Ressourcen der Wettbewerbsbehörden und sind daher kostengünstiger. Außerdem erfolgen sie meist schneller als Untersagungsentscheidungen, sodass auch das wettbewerbsschädigende Verhalten schneller beendet wird.

148. Insgesamt erscheint es daher nicht ratsam, eine Schadensvermutung bei Verpflichtungszusageentscheidungen einzuführen. In bestimmten Konstellationen könnte eine Verpflichtungszusage jedoch einen Anscheinsbeweis für die Entstehung eines Schadens darstellen oder zumindest die Position des Klägers im Vergleich zu einer reinen Stand-alone-Klage verbessern. Das scheint schon heute in Deutschland möglich zu sein. Im Juni 2015 hat das Landgericht Frankfurt die Deutsche Bahn zur Zahlung von Schadenersatz wegen eines missbräuchlichen Rabattsystems für den Bezug von Bahnstrom verurteilt.[111] Der Sachverhalt hatte zuvor die Europäische Kommission beschäftigt und zu einer

---

[109] Hiebei geht es zunächst lediglich um die Frage, ob ein Schaden entstanden ist.

[110] KG Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart – Berliner Transportbeton, WuW/E DE-R, S. 2777.

[111] LG Frankfurt, Urteil vom 3. Juni 2015, 2-03 0 324/14.

Verpflichtungszusageentscheidung[112] geführt. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu diesen Fragen muss abgewartet werden.

2.7.2.2 Schadensumfang

149. Die Richtlinie verbietet in Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Beweisanforderungen für die Ermittlung des Schadensumfangs, die die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Diese Vorgabe dürfte im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO bereits erfüllt sein. Danach kann das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Diese Entscheidung ist im Urteil zu begründen. Eine mangelhafte Begründung wäre ein Verfahrensmangel. Daraus ergibt sich, dass aus der freien Beweiswürdigung keine Hürden zur Ausübung des Rechts auf Schadenersatz resultieren dürften. Insofern besteht hier kein Umsetzungsbedarf.

150. Außerdem müssen nationale Gerichte nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie die Möglichkeit haben, die Höhe des Schadens zu schätzen. Diese Möglichkeit besteht im deutschen Recht bereits nach § 287 ZPO, sodass auch hier kein Umsetzungsbedarf besteht. Denkbar wäre allerdings, über die derzeitige deutsche Rechtslage und die Regelungen der Richtlinie hinauszugehen und Gerichten einen Mindestschätzbetrag für den Regelfall vorzugeben. Von wissenschaftlicher Seite[113] wird in diesem Zusammenhang die Annahme eines Mindestschadens von 10 Prozent des Kaufpreises empfohlen. Diese Annahme resultiert aus der Auswertung von Studien zur Kartellrendite bei internationalen Kartellen, deren Ergebnisse sich zumeist in einer Spannbreite zwischen 10 bis 20 Prozent bewegen.[114] Die Monopolkommission steht der durch einen Mindestschätzbetrag bewirkten Beweislastumkehr zugunsten der Geschädigten positiv gegenüber. § 287 ZPO kommt schließlich gerade dann zum Einsatz, wenn kein Schadensbeweis im Sinne des § 286 ZPO erbracht werden kann. Rechtspolitisch ist es zu begrüßen, Geschädigte in den Fällen besser zu stellen, in denen der entstandene Schaden nicht ermittelt und nur geschätzt werden kann. Aus diesem Vorgehen kann im Einzelfall zwar eine Überkompensation resultieren. Andernfalls würde jedoch in häufigen Fällen eine Unterkompensation drohen. Die Vorgabe eines Mindestschätzbetrags erscheint vor diesem Hintergrund vertretbar, um den Zielen der Richtlinie gerecht zu werden. Im Referentenentwurf wurde jedoch unter Verweis auf Erwägungsgrund 47 der Richtlinie auf eine derartige Vorgabe verzichtet.[115]

151. Die in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehene widerlegbare Schadensvermutung bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen und die Möglichkeit für Gerichte nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie, sich bei der Ermittlung des Schadenumfangs von Kartellbehörden beraten zu lassen, existieren bisher nicht im deutschen Recht. In § 33a Abs. 2 GWB-E und § 90 Abs. 5 GWB-E werden diese Regelungen aufgenommen. Die Vermutungsregelung für Kartelle dürfte den Nachweis über die Entstehung eines Schadens erleichtern, aber keine Auswirkungen auf die Ermittlung des Schadenumfangs entfalten. Auch die Unterstützung durch die Kartellbehörden dürfte Gerichten nur in Ausnahmefällen die Ermittlung des Schadenumfangs erleichtern. Denkbar ist aber durchaus, dass die im behördlichen Verfahren sichergestellten Beweismittel beispielsweise Kalkulationen der Kartellanten über den kartellbedingten Gewinn und damit auch über den entstandenen Schaden enthalten.

---

[112] EU-Kommission, Beschluss vom 18. Dezember 2013, AT.39678 – Deutsche Bahn I und AT.39731 – Deutsche Bahn II.

[113] Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie (2014/104/EU), Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Baden-Baden 2015, Tz. 58 ff.

[114] Oxera, Quantifying antitrust damages, Study prepared for the European Commission, Dezember 2009, S. iX.

[115] Siehe BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 55.

2.8 Weitergehender Regelungsbedarf

2.8.1 Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen

152. Die Informationsasymmetrien zwischen Kartelltätern und insbesondere mittelbar Geschädigten wurden bereits angesprochen.[116] Die Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle, da sie Informationen aus den behördlichen Ermittlungen über Tragweite und Funktionsweise des Kartells enthalten. Diese Informationen können Kartellgeschädigten Aufschluss darüber geben, ob und in welchem Umfang ihnen ein Schaden entstanden ist.

2.8.1.1 Rechtlicher Rahmen und Praxis in der EU und in Deutschland

153. Die Veröffentlichungspraxis und der jeweilige rechtliche Rahmen von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt unterscheiden sich deutlich. Die Veröffentlichung von Entscheidungen der Europäischen Kommission ist in Art. 30 der Verordnung 1/2003 geregelt. Nach Art. 30 i. V. m. Art. 24 der Verordnung hat die Europäische Kommission ihre Bußgeldentscheidungen zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung hat unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der gewählten Sanktionen zu erfolgen. Dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse ist Rechnung zu tragen.

154. Die Europäische Kommission berücksichtigt diese Vorgaben in ihrer Veröffentlichungspraxis. Nach Zustellung der Entscheidung an die betroffenen Parteien veröffentlicht die Europäische Kommission eine entsprechende Pressemitteilung auf ihrer Homepage. Außerdem veröffentlicht die Europäische Kommission zeitnah eine Zusammenfassung der Entscheidung und in einigen Fällen auch eine vorläufige Version der Entscheidung. Meistens zu einem späteren Zeitpunkt wird die gesamte Entscheidung veröffentlicht, wobei vertrauliche Informationen geschwärzt sind (sogenannte nicht-vertrauliche Version der Entscheidung).

155. Für die Veröffentlichung der Entscheidungen besteht keine Frist. In einzelnen Fällen kann die Veröffentlichung der nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung in einem längeren Abstand zu der Entscheidung erfolgen. Ein besonders ausgeprägtes Beispiel hierfür lieferte die Entscheidung im Luftfrachtkartell.[117] Diese Entscheidung erging am 9. November 2010. Die nicht-vertrauliche Fassung der Entscheidung wurde jedoch erst am 8. Mai 2015 veröffentlicht.

156. Für die Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamtes gibt es keine speziellen gesetzlichen Regelungen. Zwar enthält § 62 GWB Vorgaben zur Bekanntmachung von Verfügungen des Bundeskartellamtes. Dieser Paragraf bezieht sich jedoch nicht auf Bußgeldentscheidungen. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Katalog der bekannt zu machenden Verfügungen des § 62 GWB abschließend ist. Es ist daher davon auszugehen, dass es dem Bundeskartellamt selbst überlassen ist, ob es Bußgeldentscheidungen veröffentlicht. Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren keine Bußgeldentscheidungen veröffentlicht und es ist nicht davon auszugehen, dass es ohne eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen von dieser Praxis abrücken wird.

2.8.1.2 Einwände gegen eine Veröffentlichung

157. Bußgeldentscheidungen enthalten häufig Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Dies steht jedoch der Veröffentlichung einer nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung, in der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzt sind, nicht entgegen.

158. Denkbar wäre, dass die Veröffentlichung einer Bußgeldentscheidung die (Persönlichkeits-)Rechte des betroffenen Unternehmens oder seiner Organe bzw. Mitarbeiter verletzt. Mit einer parallelen Fragestellung hat sich vor kurzem das OLG Düsseldorf auseinandergesetzt.[118] Dabei ging es um eine mögliche Verletzung von Unternehmenspersönlichkeitsrechten durch eine Pressemitteilung des Bundeskartellamtes nach Abschluss eines Bußgeldverfahrens. Die betroffenen Unternehmen hatten beanstandet, dass die Pressemitteilung die dort beschriebenen Kartellrechtsverstöße

---

[116] Vgl. Tz. 131 in diesem Gutachten.

[117] EU-Kommission, Beschluss vom 9. November 2010, AT.39258 — Luftfracht.

[118] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09. Oktober 2014, VI-Kart 5/14 (V).

zu Unrecht als feststehende Tatsachen darstelle, obwohl das Bundeskartellamt als Exekutivorgan zu "Wahrsprüchen" nicht befugt sei. Das OLG hat dagegen entschieden, dass die streitbefangene Pressemitteilung nicht über den Stand eines laufenden (bußgeldrechtlichen) Ermittlungsverfahrens Auskunft gebe. Sie berichte vielmehr über vom Bundeskartellamt nach Abschluss eines solchen Ermittlungsverfahrens erlassene Bußgeldbescheide und deren Rechtsfolgen. Es lag nach Auffassung des Gerichts daher kein rechtswidriges Handeln vor. Das Bundeskartellamt sei auch nicht gehalten gewesen, die gesamte Presseinformation so lange zurückzustellen, bis die erlassenen Bußgeldbescheide bestandskräftig geworden sind. In diesem Fall wäre nämlich eine zeitnahe Information des Bundeskartellamtes über das bei ihm abgeschlossene Bußgeldverfahren oftmals unmöglich. Ebenso wenig habe das Amt die Namhaftmachung der beteiligten Unternehmen bis zur jeweiligen Bestandskraft des gegen sie ergangenen Bußgeldbescheides aufschieben müssen.

159. Die Überlegungen des OLG Düsseldorf in Hinblick auf eine Pressemitteilung über ein abgeschlossenes Bußgeldverfahren kann auf die Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen übertragen werden. Auch hier geht es um die Öffentlichmachung von Informationen aus einem abgeschlossenen Bußgeldverfahren. Über die Möglichkeit von Rechtsmitteln wird in der Entscheidung informiert, sodass bei Zugrundelegung eines objektiven Empfängerhorizonts nicht davon ausgegangen werden kann, dass in der Bußgeldentscheidung eine letztinstanzlich ermittelte Wahrheit gesehen wird. Andererseits endet mit der Bußgeldentscheidung das kartellbehördliche Verfahren, sodass ein Informationsinteresse der Allgemeinheit anzuerkennen ist. Da das behördliche Verfahren mit der Bußgeldentscheidung abgeschlossen ist, greift auch nicht § 353d Nr. 3 StGB, in dem es unter Strafe gestellt wird, die Anklageschrift oder andere amtliche Schriftstücke eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines Disziplinarverfahrens zu veröffentlichen, bevor das Verfahren abgeschlossen ist.

160. Eine Bußgeldentscheidung kann allerdings Informationen über die kartellbeteiligten Mitarbeiter enthalten, die der persönlicher Sphäre zuzurechnen sind. Dazu zählen etwa die Zeitpunkte und Örtlichkeiten von Kartelltreffen. Derartige Informationen könnten jedoch in der nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung geschwärzt werden.

161. Gegen eine Veröffentlichung könnte auch vorgebracht werden, dass Bußgeldbescheide in anderen Rechtsgebieten, etwa bei Verkehrsordnungswidrigkeiten ebenfalls nicht veröffentlicht werden. Gegen diesen Vergleich spricht jedoch der besondere Umstand, dass bei Kartellverstößen der Kreis der Geschädigten sehr schwer zu ermitteln ist. Insofern besteht ein besonderes Interesse der Geschädigten an Veröffentlichung von Informationen über das Kartell, das in anderen Rechtsgebieten häufig nicht vorhanden ist.

162. Schließlich wird immer wieder eine hohe zusätzliche Arbeitsbelastung für das Bundeskartellamt vorhergesagt, die bei der Prüfung von Entscheidungen auf vertrauliche Informationen entsteht. Der Arbeitsaufwand ist nicht zu bagatellisieren. Ihm gegenüber steht jedoch das europarechtlich vorgegebene Ziel einer wirksamen, auch zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts. Die Veröffentlichung der Entscheidungen erleichtert diese Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegt dieser primärrechtlich verankerte Zweck der Veröffentlichung die zu erwartende Arbeitsbelastung. Anzumerken ist, dass die Auswirkungen einer zusätzlichen Arbeitsbelastung durch Ressourcenaufstockung begegnet werden kann.

2.8.1.3 Die Regelung im Referentenentwurf

163. Im Referentenentwurf findet sich eine Kompromisslösung für das aufgezeigte Spannungsfeld zwischen dem berechtigten Interesse der Geschädigten an Informationen und dem zu erwartenden Mehraufwand für das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt wird in § 53 Abs. 5 GWB-E dazu aufgefordert, jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen die §§ 1 oder 19 bis 21 GWB oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mitzuteilen. Die Mitteilung hat bestimmte gesetzlich vorgegebene Angaben zu enthalten (Sachverhalt, Art des Verstoßes, Zeitraum, beteiligte Unternehmen, betroffene Waren und Dienstleistungen).

164. Diese Regelung bleibt zwar hinter den Veröffentlichungspflichten der Europäischen Kommission zurück. Andererseits ist sie einen großen Fortschritt gegenüber der derzeitigen Situation. Kartellgeschädigte profitieren insbesondere davon, dass die Veröffentlichung spätestens nach Abschluss des Bußgeldverfahrens zu erfolgen hat. Zeitliche Verzögerungen, die zu einer Verjährung der Ansprüche führen könnten, dürften damit ausgeschlossen sein. Die Praxis wird

zeigen, ob der vorgesehene Umfang der Mitteilungen ausreicht, um Geschädigten die benötigten Informationen bereitzustellen.

165. Zu kritisieren ist, dass die Vorgabe als sogenannte „Soll-Vorschrift" formuliert ist. Es handelt sich also um eine gesetzliche Aufforderung, die für das Bundeskartellamt nicht verpflichtend ist. Die Monopolkommission empfiehlt, dem Bundeskartellamt eine gesetzliche Mitteilungspflicht aufzuerlegen.

2.8.2 Mehrfacher Schadenersatz

166. Die private Kartellrechtsdurchsetzung kann auch dadurch gestärkt werden, dass Klägern bei erfolgreichen Schadenersatzklagen eine Kompensation zugesprochen wird, die über die Höhe des erlittenen Schadens hinausgeht. Mit dieser Möglichkeit hat sich die Monopolkommission bereits ausführlich beschäftigt.[119] Sie zog dabei in Betracht, dem erfolgreichen Kläger einen zweifachen Schadenersatz in Aussicht zu stellen.

167. Gegen einen mehrfachen Schadenersatz könnte eingewendet werden, dass die Richtlinie insbesondere in Art. 12 Abs. 1 und 2 vorsieht, dass es nicht zu einer Überkompensation des erlittenen Schadens kommen soll. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie deutet jedoch darauf hin, dass diese Vorgabe nur die Regelungen der Richtlinie betrifft. Insofern ist fraglich, ob die Richtlinie nationale Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf einen mehrfachen Schadenersatz bestehen lässt. Diese Frage muss an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden.

168. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Sanktionspraxis bei Kartellverstößen in der vergangenen Dekade weiterentwickelt hat. Insgesamt dürften die drohenden Folgen einer Aufdeckung heute ein höheres Abschreckungspotenzial haben als noch vor einigen Jahren. Gründe dafür sind der Erfolg der Kronzeugenprogramme, mitunter höhere Bußgelder und die zunehmende Bedeutung von Kartellschadenersatzklagen. Diese Entwicklung schließt jedoch nicht aus, dass der mehrfache Schadenersatz bei veränderten Rahmenbedingungen in der Zukunft ein geeignetes Instrument der Kartellverfolgung sein könnte.

2.8.3 Kollektiver Rechtsschutz

169. Üblicherweise werden Schadenersatzansprüche von den jeweils Betroffenen geltend gemacht (individueller Rechtsschutz). Bei Handlungen oder Ereignissen, durch die mehrere oder viele Individuen geschädigt werden, können gebündelte oder gemeinsam erhobene Ansprüche die Rechtsdurchsetzung vereinfachen (kollektiver Rechtsschutz). Der kollektive Rechtsschutz dient vornehmlich dem Verbraucherschutz und betrifft verschiedene Rechtsgebiete. Für das Wettbewerbsrecht hat er eine hohe Bedeutung, da hier Verstöße häufig eine Vielzahl von Abnehmern schädigen.

170. Der kollektive Rechtsschutz ist ein Sammelbegriff, der in der Praxis sehr verschiedene Ausprägungen annehmen kann. Für das deutsche Wettbewerbsrecht sind hier insbesondere drei Regelungen zu nennen. Erstens ermöglicht § 59 f. ZPO individuell erhobene Schadenersatzansprüche im Wege der sogenannten Streitgenossenschaft prozessual zu bündeln. Zweitens können Ansprüche durch Abtretung gemäß § 398 BGB materiell gebündelt werden.[120] Drittens besteht die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung durch Verbände zugunsten des Bundeshaushalts nach § 34a GWB.

2.8.3.1 Gruppenklagen und ihre Ausgestaltungsformen

171. Das wohl prominenteste, bisher in Deutschland nicht allgemein vorgesehene Instrument des kollektiven Rechtsschutzes ist die sogenannte Gruppen- oder Sammelklage. Gruppenklagen zeichnen sich dadurch aus, dass ein Kläger ein Verfahren führt, das Rechtswirkungen für andere Personen zeitigt, ohne dass diese Personen Verfahrensparteien sind. Gruppenklagen werden in zwei Kategorien unterteilt. Einerseits existieren sogenannte Opt-in-Modelle, die für

---

[119] Monopolkommission, Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 75 bis 83.

[120] Zuletzt hat das OLG Düsseldorf zwar eine Abtretung von Schadenersatzforderungen für sittenwidrig erklärt: OLG Düsseldorf, Urteil 18. Februar 2015, Vi-U (Kart) 3/14, WuW/E DE-R 4601-4632 (zit. nach Juris), Rz. 66. Die Sittenwidrigkeit ergab sich jedoch aus den speziellen Umständen des Falles, sodass sich hieraus keine grundsätzliche Ablehnung der Bündelung materieller Ansprüche ableiten lässt.

ein Individuum nur dann Wirkung entfalten, wenn dieses ausdrücklich seine Zustimmung erklärt hat. Im Opt-out-Modell hingegen gilt das Ergebnis einer Gruppenklage für jedes Individuum, das einer zuvor bestimmten Gruppe angehört und nicht ausdrücklich erklärt hat, dass es sich nicht an der Gruppenklage beteiligen möchte.

172. Beide Modelle existieren in der Praxis. Im US-amerikanischen Recht bestehen in Form der class action langjährige Erfahrungen mit einem Opt-out-Modell der Gruppenklage. In Großbritannien wurde durch den Consumer Rights Act 2015 eine Opt-out-Gruppenklage nach US-amerikanischem Vorbild eingeführt. Die Möglichkeit einer Opt-in-Gruppenklage besteht in Großbritannien schon seit Längerem. In Frankreich wurde mit der Loi Hamon 2014 die Möglichkeit einer action de groupe eröffnet, die dem Opt-in-Modell folgt. Auch in anderen Ländern sind Gruppenklagen möglich oder es wird über eine Einführung diskutiert.

173. Die Diskussion um die Einführung einer Gruppenklage wird auch auf der Ebene der EU geführt. Vorläufiger Schlusspunkt ist dabei eine Empfehlung der Europäischen Kommission[121], die für die Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung entfaltet.[122] In der Empfehlung spricht sich die Europäische Kommission dafür aus, dass alle Mitgliedstaaten ein innerstaatliches kollektives Rechtsschutzsystem einführen.[123] Für kollektive Schadenersatzverfahren soll das Opt-in-Prinzip Anwendung finden.[124] Die Europäische Kommission beabsichtigt spätestens vier Jahre nach Veröffentlichung der Empfehlung zu prüfen, ob weitere Maßnahmen, auch legislativer Art, nötig sind.[125]

2.8.3.2 Einführung einer Gruppenklage in Deutschland?

174. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz arbeitet derzeit an einem Gesetzesvorschlag zur Einführung eines Musterfeststellungsverfahrens in das deutsche Recht. Qualifizierte Verbände sollen in einem Musterverfahren zentrale Tat- und Rechtsfragen vor Gericht klären. Die Feststellungen haben Rechtskraftwirkung für die Folgeprozesse. Darauf bauend können Geschädigte ihre Ansprüche dann individualrechtlich durchsetzen. Für kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten wurde ein derartiges Verfahren bereits 2005 durch das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) eingeführt. Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzesentwurfs bleibt abzuwarten. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich der Gesetzesvorschlag auf ein Musterfeststellungsverfahren beschränkt und die eigentlichen Ansprüche weiterhin in Einzelverfahren durchzusetzen sein werden. Auch nach einer Einführung des geplanten Musterfeststellungsverfahrens dürfte also die Diskussion um die Einführung einer Gruppenklage in das deutsche Recht weitergehen.

175. Durch Gruppenklagen kann verhindert werden, dass bei einem einzelnen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht, durch den mehrere Personen geschädigt wurden, eine Vielzahl von Verfahren geführt werden muss. Dadurch können Gruppenklagen Prozesskosten für Kläger und Beklagte senken und Gerichte entlasten.

176. Die Monopolkommission hat bereits darauf hingewiesen, dass es für Kläger attraktiver sein könnte, Ansprüche in jenen Ländern der EU geltend zu machen, deren Rechtsordnungen die Möglichkeit einer Gruppenklage vorsehen.[126] Dies könnte dazu führen, dass immer mehr Schadenersatzverfahren in Ländern geführt werden, in denen die Durchsetzung deutscher Rechtsgrundsätze, wie der weiter unten diskutierte Anspruch auf rechtliches Gehör, nicht gewährleistet ist. Dieser Gefahr würde am besten durch verbindliche EU-weite Vorgaben zu Gruppenklagen begegnet werden.

---

[121] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60.

[122] Art. 288 AEUV.

[123] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Erwägungsgrund 10.

[124] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Tz. 21.

[125] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Erwägungsgrund 26.

[126] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 954.

Solange solche Vorgaben nicht existieren, kann der deutsche Gesetzgeber dieser Entwicklung nur entgegenwirken, indem er selbst die Möglichkeit einer Gruppenklage vorsieht.

177. Gruppenklagen werden mitunter als notwendiges Mittel gegen Defizite in der Kartellrechtsdurchsetzung propagiert, da sie die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auch in Fällen ermöglichen würden, in denen die einzelnen Geschädigten nur verhältnismäßig geringfügige Schäden erlitten haben. Tatsächlich werden insbesondere bei Streuschäden auf der Endverbraucherebene häufig keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht. Ein Grund dafür ist insbesondere das sogenannte rationale Desinteresse an dem Ersatz des entstandenen Schadens. Dieses Desinteresse liegt darin begründet, dass die Kosten der Geltendmachung die Höhe des zu erwartenden Schadenersatzes übersteigen. Hinzu kommen Schwierigkeiten bzgl. des Schadensnachweises insbesondere auf Verbraucherebene, da häufig Kassenbons oder sonstige Belege längst entsorgt wurden. Gegen diese Hindernisse wären allerdings Opt-in-Gruppenklagen wenig hilfreich, da durch sie weder das rationale Desinteresse überwunden, noch der Schadensnachweis erleichtert wird. Opt-out-Gruppenklagen hingegen reduzieren zumindest die erstgenannten Schwierigkeiten, da sie kein Tätigwerden der einzelnen Geschädigten voraussetzen.

178. Sollte bei Streuschäden der individuelle Schadensnachweis auf der Ebene der Endverbraucher nicht möglich sein, könnte der Schadensnachweis möglicherweise über die von der vorgelagerten Ebene weitergegebene Preiserhöhung erfolgen. In diesem Fall wäre es zwar nicht möglich, dem tatsächlich Geschädigten Schadenersatz zu gewähren. Zumindest könnte jedoch die Abschöpfung des Vermögensvorteils des Kartellanten sichergestellt werden. Zu diesem Zweck bedarf es jedoch letztlich keiner Gruppenklage, da die Vorteilsabschöpfung durch Verbände bereits heute nach § 34a GWB möglich ist. Allerdings führen die Voraussetzungen des § 34a GWB dazu, dass derzeit kaum ein Verband bereit ist, die Risiken eines Prozesses zu tragen. Die Monopolkommission hatte bereits vor Einführung von § 34a GWB darauf hingewiesen, dass die Verbandsklage keine Bedeutung erlangen können würde, da der wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt abzuführen ist.[127] Um zukünftig eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände sicherzustellen, bedürfte es insofern jedoch nicht der Einführung einer Gruppenklage. Es würde vielmehr ausreichen, die Vorteilsabschöpfung durch eine Reform des § 34a GWB zu erleichtern.

179. Mehrere Anpassungen wären erforderlich, um die Vorteilabschöpfung nach § 34a GWB merklich zu erleichtern. Erstens sollte eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände nicht nur (wie nach der aktuellen Gesetzeslage) bei einem vorsätzlichen Verstoß, sondern auch bei einem durch Fahrlässigkeit verursachten Verstoß möglich sein. Zweitens sollte die widerlegbare Schadensvermutung aus Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie auch bei der Vorteilsabschöpfung greifen. Sofern sich der Gesetzgeber außerdem dafür entscheidet, für die Schadensermittlung einen Mindestschätzbetrag für den Regelfall vorzusehen, sollte dieser auch für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände greifen. Drittens könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass zumindest ein Teil der abgeschöpften Summe bei dem Verband verbleibt.

180. Insbesondere gegen Opt-out-Gruppenklagen werden zudem verfassungsrechtliche Bedenken vorgetragen. Nach Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Da die Mitglieder einer Klagegruppe an das Ergebnis des Verfahrens gebunden sind, kann es in der Tat vorkommen, dass sie sich selbst nicht rechtlich Gehör verschaffen können. Diese Rechtsbeschneidung kann jedoch durch Verfahrensvorgaben gemildert werden, indem festgesetzt wird, dass alle ermittelbaren Gruppenmitglieder über die Einleitung des Verfahrens informiert werden und so die Möglichkeit erhalten, aus der Gruppe auszutreten. Bei wirklichen Streuschäden dürften die einzelnen Geschädigten zwar kaum ermittelbar sein, in diesen Fällen besteht jedoch nach derzeitiger Rechtslage ohnehin kaum eine realistische Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Insofern sollten die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten von Opt-out-Gruppenklagen nicht überbewertet werden.

181. Außerdem wird mitunter argumentiert, dass Repräsentativkläger im wirtschaftlichen Eigeninteresse handeln und Gruppenklagen zur Entstehung einer Klageindustrie führen könnten. Diese Bedenken dürften sowohl Opt-in-Gruppenklagen wie auch Opt-out-Gruppenklagen betreffen. Durch geeignete gesetzliche Regelungen im Hinblick auf die Klagebefugnis, die Finanzierung der Klagepartei und Anwaltshonorare kann dieser Kritik begegnet werden. Beispiele für

---

[127] Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 94.

entsprechende Regelungen finden sich in der bereits erwähnten Empfehlung der Europäischen Kommission.[128] Derartige Einschränkungen sollten jedoch nicht so weit gehen, dass Gruppenklagen für Kläger unattraktiv werden. Auch bleibt festzuhalten, dass für Kartelltäter die Aussicht, auf kommerziell ausgerichtete Repräsentativkläger zu treffen, ein hohes Abschreckungspotenzial birgt.

2.8.3.3 Empfehlung

182. Die Monopolkommission steht Gruppenklagen positiv gegenüber, da durch sie Geschädigten der Zugang zur Justiz erleichtert wird und zugleich deutsche Gerichte entlastet werden. Die Monopolkommission unterstützt den geplanten Gesetzesentwurf des Justizministeriums zum Musterfeststellungsverfahren, durch den ebenfalls Gerichtskosten der Parteien und öffentliche Ausgaben gesenkt werden können. Sie weist darauf hin, dass diese Einsparungen bei einer echten Gruppenklage deutlich höher ausfallen würden, da im Anschluss an ein Musterfeststellungsverfahren jeder Geschädigte seine Ansprüche noch individuell durchsetzen werden muss.

183. Zur Überwindung des rationalen Desinteresses bei Kleinstschäden wären nur Opt-out-Gruppenklagen geeignet. Eine Vorteilsabschöpfung kann jedoch durch eine Reform des § 34a GWB leichter bewerkstelligt werden. Vor diesem Hintergrund sollte dem Opt-in-Modell als „milderes Mittel“ der Vorzug gegeben werden. Zudem plädiert auch die Europäische Kommission in ihrer unverbindlichen Empfehlung für Opt-in-Gruppenklagen.[129] Vorbehalte in Bezug auf das rechtliche Gehör und die Entstehung einer Klageindustrie stehen der Einführung insbesondere von Opt-in-Gruppenklagen nach Auffassung der Monopolkommission nicht im Wege.

184. Die Monopolkommission empfiehlt daher die Einführung einer Gruppenklage nach dem Opt-in-Modell sowie eine Reform des § 34a GWB. Erstens sollte das Vorsatzerfordernis aus § 34a GWB gestrichen werden. Zweitens sollte der Schadensnachweis durch eine widerlegbare Schadensvermutung und ggf. durch einen Mindestschätzbetrag erleichtert werden. Drittens könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass zumindest ein Teil der abgeschöpften Summe bei dem Verband verbleibt.

3 Erweiterung der Haftung auf das Unternehmen bei Kartellrechtsverletzungen

185. Der Referentenentwurf strebt eine von der Monopolkommission als notwendig erachtete Angleichung des deutschen Kartellsanktionsrechts an die Vorgaben des europäischen Rechts an.[130] Nach dem Rechtsverständnis der Monopolkommission ergibt sich die Haftung aller Unternehmensteile für Kartellrechtsverstöße unmittelbar aus den Art. 101 Abs. 1, Art. 102 AEUV. Diese Vorschriften haben Anwendungsvorrang vor dem entgegenstehenden deutschen Recht. Dies gilt auch in Bezug auf die deutschen Kartellbußgeldvorschriften, soweit diese eine aus Sicht des EU-Rechts materiellrechtliche Frage regeln, indem sie Vorgaben zum persönlichen Haftungsumfang treffen.[131]

186. Das deutsche Kartellbußgeldrecht baut gegenwärtig auf allgemeinen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Grundsätzen auf (§§ 81 GWB, 2 OWiG). Es geht somit von der Haftung natürlicher Personen aus. Außerdem haftet eine juristische Person oder Personenvereinigung dann, wenn für sie ein Leitungsverantwortlicher (§ 30 OWiG) oder sonstiger Mitarbeiter (§ 14 OWiG) in zurechenbar Weise ordnungswidrig gehandelt hat (dazu auch §§ 9, 130 OWiG).

187. Der Referentenentwurf sieht nun eine Novellierung der bußgeldrechtlichen Vorschriften des GWB vor. Dabei hält er am bisherigen dogmatischen Ansatz insoweit fest, als die bußgeldrechtliche Haftung stets einer natürlichen oder juristischen Person (Rechtsträger) auferlegt wird.[132] Allerdings soll die Verantwortlichkeit für einen Kartellverstoß nach

---

[128] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60.

[129] EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Tz. 21.

[130] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O.; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff., insbesondere Tz. 133 ff.

[131] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 133.

[132] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 86, 91, wonach es Ziel des Referentenentwurfs ist, eine unternehmensgerichteten Sanktion in Angleichung an das europäische Recht in das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht einzufügen.

§§ 81, 81a GWB-E künftig beim „Unternehmen“ im Sinne der europäischen Rechtsprechung liegen („Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt [...]“; § 81 Abs. 3a GWB-E). Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen die Kartellbuße einem Rechtsträger auferlegt wird, dessen Vertreter nicht selbst am Kartell beteiligt waren und der über die direkt kartellbeteiligte Unternehmenseinheit lediglich einen bestimmenden Einfluss im Sinne der EU-Rechtsprechung ausgeübt hat. Die Bezeichnung eines Rechtsträgers wird in diesen Fällen künftig nicht mehr dazu dienen, den Verantwortlichen zu bestimmen (materieller Haftungsadressat), sondern bezeichnet lediglich Unternehmensteile, gegen die ebenfalls eine Geldbuße festgesetzt werden kann (formeller Haftungsadressat).

188. Eine Angleichung erfolgt nach dem Referentenentwurf nur für den Fall, dass sich die Pflichtverletzung einer Leitungsperson im Sinne des § 30 OWiG nachweisen lässt.[133] Sie erfolgt zudem nur für die sogenannte Mutter-Tochter-Haftung (vertikal) und nicht für die Haftung von Schwestergesellschaften (horizontal).[134] In diesen Fällen wird es freilich nach § 81 Abs. 3a GWB-E möglich sein, eine Geldbuße gegenüber der gemeinsamen Mutter festzusetzen.[135] Im Fall von Vermögensverschiebungen in eine andere Konzernschwestergesellschaft wird die Behörde nach § 81 Abs. 3c GWB-E direkt gegen die betreffende Schwestergesellschaft vorgehen können.

189. Die Haftung aufgrund Unternehmenszugehörigkeit wird auf die von § 30 Abs. 2a GWB bisher nicht erfassten Rechtsnachfolgetatbestände sowie auf die Nachfolge nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität (wirtschaftliche Nachfolge) erstreckt (§ 81 Abs. 3b, 3c GWB-E). Daneben soll eine Ausfallhaftung jene Unternehmensteile treffen, die nach Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens Rechtsnachfolger eines nach § 30 OWiG haftenden Unternehmensteils geworden sind oder darüber einen bestimmenden Einfluss im Sinne der europäischen Rechtsprechung ausgeübt haben (§ 81a GWB-E). Die bisher bestehenden und – auch von der Monopolkommission kritisierten[136] – Haftungslücken werden somit geschlossen.

190. Die Monopolkommission begrüßt den Novellierungsvorschlag im Referentenentwurf. Die gegen die Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs vorgebrachten Einwände lassen sich aus ihrer Sicht widerlegen.[137] Die Monopolkommission würde es zwar als konsequenteren Schritt bevorzugen, wenn die Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit für Kartellrechtsverstöße immer und nicht nur in den §§ 81, 81a GWB-E neu geregelten Fällen vorgesehen würde. Dadurch würde die Haftung auch unmittelbar auf Schwestergesellschaften erstreckt. Ein solches Haftungssystem könnte im GWB auch abweichend vom sonstigen Ordnungswidrigkeitenrecht geregelt werden.

191. Allerdings erscheint es vertretbar, dass der Referentenentwurf am System des Ordnungswidrigkeitengesetzes grundsätzlich festhält und dieses nur ergänzt. Denn damit steht, falls die Neuregelung einmal gerichtlich überprüft werden sollte, nicht das Kartellbußgeldsystem insgesamt infrage.[138] Außerdem dürften nach dem Regelungsansatz im Referentenentwurf kaum praktisch relevante Haftungslücken verbleiben. Das deutsche Kartellbußgeldrecht wird damit im Wesentlichen an den Rechtszustand auf EU-Ebene und in den anderen EU-Mitgliedstaaten angepasst.

192. Die Regelungen des Referentenentwurfs dürften ungeachtet des gesetzlichen Ansatzes einen Systemwechsel bei der Haftung für Kartellrechtsverstöße einläuten. Dies ist aus wettbewerbspolitischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen. Die Monopolkommission führt im Folgenden aus, welche wettbewerbspolitischen Implikationen die weitgehende Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs haben dürfte.

---

[133] Dies ist eine Abweichung von den Grundsätzen, nach denen die EU-Rechtsprechung einem Unternehmen das Handeln von Unternehmensangehörigen zurechnet; dazu BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 91; Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 mit Fn. 133 und den dortigen Nachweisen. In der kartellbehördlichen Verfolgungspraxis dürfte sich diese Abweichung allerdings nicht auswirken.

[134] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 89, 92. Speziell zur Rolle von Schwestergesellschaften bei Umstrukturierungen siehe auch ebenda, S. 87.

[135] BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 92.

[136] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff.

[137] Siehe ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 62 ff.

[138] Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 89 f., 93.

193. Mit Blick auf die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmen dürfte die Angleichung an die Grundsätze des europäischen Rechts dazu führen, dass Kartellrechtsverstöße angemessener sanktioniert werden. Die Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit wurde im europäischen Recht entwickelt.[139] Maßgeblich ist insofern die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für einen Verstoß, von dem es gerade als wirtschaftliche Einheit und nicht als bloßer Verbund von Rechtsträgern profitiert.[140] Die Vereinbarkeit einer Unternehmenshaftung nach dem Konzept der persönlichen Verantwortlichkeit mit deutschen Verfassungsgrundsätzen ist zwar umstritten. Die Monopolkommission hat sich hierzu jedoch bereits hinreichend geäußert.[141] Aus ihrer Sicht ist im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, dass das wirtschaftliche Vorgehen zur Erzielung von Kartellgewinnen und die Bußgeldhaftung für Kartellverstöße einander zukünftig mehr entsprechen, als dies bisher der Fall ist. Außerdem wird die Haftung nach deutschem Bußgeldrecht an die Grundsätze, die auf EU-Ebene und in den angrenzenden Mitgliedstaaten gelten, angeglichen.[142]

194. Daneben dürfte das von Teilen der Politik parallel verfolgte Projekt eines Unternehmensstrafrechts zumindest für Kartellverstöße weniger prioritär verfolgt werden müssen. Ein solches Unternehmensstrafrecht würde ohnehin weiter an der (dann strafrechtlichen) Haftung von Rechtsträgern festhalten und somit in einem gewissen Konflikt zum kartellbußgeldrechtlichen Konzept der Haftung des Unternehmens als einer wirtschaftlichen Einheit stehen. Die Monopolkommission hatte sich im XX. Hauptgutachten bereits skeptisch zur Einführung von Unternehmensstrafen für Kartellverstöße geäußert.[143] Sie hält an dieser Beurteilung weiterhin fest.

195. Mit Blick auf die Haftung von Individualtätern wird es unverändert dabei bleiben, dass für die Inanspruchnahme des Täters allein seine individuelle Schuld maßgeblich ist.[144] Allerdings wird sich die Funktion der Haftung von Individualtätern verändern. Denn bisher leitet sich die Haftung von Unternehmensteilen (Rechtsträgern) von der Haftung des Einzeltäters ab. Dagegen werden nach der 9. GWB-Novelle die Haftung des Unternehmens und die Haftung des direkt kartellbeteiligten Individualtäters komplementäre Funktionen erfüllen.[145] Das Unternehmen wird als wirtschaftlicher Einheit im Rahmen seiner persönlichen Verantwortlichkeit haften, der Individualtäter nach seiner Schuld.

196. Die veränderte Funktion der Haftung von Individualtätern könnte es auf mittlere Sicht erfordern, die Unternehmenshaftung und die Haftung des Individualtäters neu aufeinander abzustimmen. Wenn das Unternehmen aufgrund seiner persönlichen Verantwortlichkeit haftet, ist es denkbar, dass die Verantwortlichkeit von Unternehmen und Individualtätern auseinanderfallen kann. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das Unternehmen alle ihm zumutbaren Organisationsanforderungen erfüllt hat und der mit einer Individualbuße belegte Unternehmensangehörige sich trotzdem an einem Kartell beteiligt hat. In einem solchen Fall ist die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens möglicherweise geringer als die Schuld des Individualtäters.

4 Änderungen im Missbrauchskartellrecht

197. Aus der Regierungskoalition heraus sind in den vergangenen Monaten Forderungen erhoben worden, das Kartellrecht im Rahmen der 9. GWB-Novelle zu verschärfen. Der Referentenentwurf enthält deshalb zwei Platzhalter für mögliche Änderungen der Vorschriften über Marktmachtmissbräuche.[146] Der eine Platzhalter bezieht sich auf eine mögliche Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht. Der andere steht für

[139] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 27 ff.

[140] Dazu BVerfG; Beschluss vom 14. Januar 2004, 2 BvR 564/95 – erweiterter Verfall, BVerfGE 110, 1, Rz. 57 f., wonach Sanktionstatbestand und Rechtsfolge aufeinander abzustimmen sind; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 154.

[141] Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 108 ff., 125 ff.

[142] Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 127, 138 f. und 142.

[143] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 210 ff.

[144] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 190 samt Fn. 308.

[145] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 11 ff. (zum bisherigen deutschen Recht), 27 ff. (zum EU-Recht), 134 f., 196 ff.

[146] Art. 1 Ziff. 6 und 7 GWB-E.

Regelungen zur Entfristung und praxisgerechteren Ausgestaltung des kartellrechtlichen Verbots eines Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis.

198. Die Notwendigkeit der genannten Vorschriften und ihre Ausgestaltung werden bereits seit Längerem diskutiert. In der Preismissbrauchsnovelle des Jahres 2007 war in den heutigen § 20 Abs. 2 GWB (= § 19 Abs. 4 Nr. 5 GWB a. F.) das sogenannte „Anzapfverbot" eingefügt worden. Außerdem war in den heutigen § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB (= § 20 Abs. 4 GWB a. F.) ein Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis eingefügt worden, das – anders als bei den sonstigen Verboten des Verkaufs unter Einstandspreis im Kartell- und Unlauterkeitsrecht – auch gelegentliche Angebote erfasst.[147] Die Vorschriften waren ursprünglich befristet. Allerdings entschied sich der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle, beide Vorschriften beizubehalten, wobei das Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis mit einer (erneuten) Befristung bis zum Ende des Jahres 2017 versehen wurde.[148]

199. Die Monopolkommission hat die Schaffung von Sondervorschriften für einzelne Wirtschaftsbereiche bisher aus grundsätzlichen Erwägungen heraus häufig kritisch gesehen.[149] Dasselbe galt, wenn der Ausgang einzelner kartellrechtlicher Verfahren zum Anlass für Rechtsänderungen genommen wurde.[150] Im Lebensmitteleinzelhandel hatte sie daneben inhaltliche Bedenken und sprach sich bisher stets für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen aus.[151] Das gesetzliche Anzapfverbot habe unter anderem nur einen geringen Anwendungsbereich und sei wenig praktikabel.[152] Das umfassende Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis sei hingegen ungeeignet, um damit die ursprünglich verfolgten Ziel des Schutzes kleinerer Handelsunternehmen im Preiswettbewerb mit großen Handelsunternehmen oder von Herstellern vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen zu erreichen.[153]

200. Das Anzapfverbot im Lebensmitteleinzelhandel spielte zuletzt in einem Verfahren gegen Edeka eine Rolle. Das Bundeskartellamt hatte Forderungen des Handelsunternehmens gegenüber Lieferanten nach der vollzogenen Übernahme der Plus-Märkte von Tengelmann im Jahr 2008 für missbräuchlich angesehen.[154] Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist es dem Bundeskartellamt dagegen nicht gelungen, einen Verstoß gegen das Anzapfverbot zu belegen.[155] Die Anforderungen für den Nachweis eines Missbrauchs könnten durch eine Anpassung des deutschen Rechts an das

---

[147] Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drs. 16/5847 vom 27. Juni 2007; dazu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 47, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Baden-Baden 2007.

[148] Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012 sowie Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/13720 vom 5. Juni 2013; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012.

[149] Siehe zu verschiedenen früheren Ausnahmebereichen: Monopolkommission, XI. Hauptgutachten, Baden-Baden 2006, Tz. 1007 (Verkehr, Banken, Versicherungen); Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 122 ff. (Urheberrechtsverwertungsgesellschaften, Fernsehrechte an Sportveranstaltungen); XVII. Hauptgutachten, Baden-Baden 2008, Tz. 483 und Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 54 ff. (Lebensmitteleinzelhandel); XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 17, 20 ff., Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 169, 173 und Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 114 ff., insb. Tz. 119 (Wasserwirtschaft, mit Empfehlung einer zusätzlichen speziellen Regulierung).

[150] Siehe zu einzelfallbezogenen gesetzlichen Änderungen: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1063, 1065 (zum Presse-Grosso); XIX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 169, 173 und Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 114 (zur Wasserwirtschaft).

[151] Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 424; Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 56 ff.; XVII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 483 f.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 1184 ff., 1224; Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 84 f.

[152] Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 89 ff., 92 ff.

[153] Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 56 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 84 f.

[154] Bundeskartellamt, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2- 58/09.

[155] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

schärfere EU-Recht erleichtert werden (siehe nachfolgend Abschnitt 4.1). Das Verbot des Angebots von Lebensmitteln unter Einstandspreis lehnt die Monopolkommission hingegen weiterhin ab (siehe nachfolgend Abschnitt 4.2).

4.1 Anpassung des „Anzapfverbots" an EU-Recht

201. Nach dem bestehenden § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere dann missbräuchlich, wenn es

> *„seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren".*

Nach § 20 Abs. 2 GWB gilt dieses Verbot nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch im Fall relativer Marktmacht gegenüber abhängigen Unternehmen.

202. Das Anzapfverbot zielt in erster Linie darauf ab, den Wettbewerb auf Handelsmärkten zu schützen. So könnte die Ausübung von Nachfragemacht dazu führen, dass kleinere Wettbewerber mächtiger Handelsunternehmen aufgrund schlechterer Einkaufskonditionen Wettbewerbsnachteile haben. Der Lebensmitteleinzelhandel bildet aufgrund der bestehenden und zunehmenden Konzentration einen wichtigen Anwendungsbereich des Anzapfverbots. Umstritten ist, ob das Anzapfverbot auch den Zweck hat, kleinere Anbieter auf dem vorgelagerten Markt zu schützen.[156] Unabhängig von dem Schutzzweck der Norm sind positive Auswirkungen für kleine Lieferanten naheliegend, da diese häufig stärker von einzelnen (großen) Nachfragern abhängig sein dürften.

203. Das Anzapfverbot ist bereits in der Vergangenheit verschärft worden.[157] Diese Verschärfungen betrafen allerdings den Kreis der Normadressaten und nicht die sachlichen Voraussetzungen eines missbräuchlichen Verhaltens, unter denen dieses Verbot eingreift. Die aktuelle Diskussion um das Anzapfverbot ist durch einen Beschluss des OLG Düsseldorf befeuert worden.[158] Im konkreten Fall hat das OLG Düsseldorf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes zu sogenannten „Hochzeitsrabatten" in der Folge der Übernahme von 2.300 Plus-Filialen durch Edeka aufgehoben.[159] Neben verschiedenen sachverhaltsbezogenen Erwägungen hielt es das OLG Düsseldorf, anders als das Bundeskartellamt, nicht für erwiesen, dass die Forderung von Vorteilen durch Edeka auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe. Jedenfalls sei die Konditionenforderung durch Edeka sachlich gerechtfertigt, da sich kein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktmacht von Edeka und deren Ausnutzung feststellen lasse.[160]

204. Anders als im deutschen Recht ist ein kausaler Zusammenhang zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einer missbräuchlichen Verhaltensweise im europäischen Recht nach Art. 102 AEUV nicht erforderlich.[161] Der Europäische Gerichtshof begründet das wie folgt:[162]

> *„Ein missbräuchliches Verhalten kann vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen. Bei diesem Sinn und dieser Tragweite des Artikels 86 EWG-Vertrag (= Art. 102 AEUV) kommt es auf die […] Frage des ursächlichen Zusammenhangs […] zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung […] nicht an[.]"*

Diese Auslegung dürfte nicht nur bei angebotsseitiger, sondern auch bei nachfrageseitiger Marktbeherrschung gelten. Zwar ist die EU-Rechtsprechung zu nachfrageseitiger Marktbeherrschung bisher spärlich geblieben, doch kann ein

---

156 Siehe Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014, § 19 GWB, Rz. 153.

157 Insbesondere in der sogenannten Preismissbrauchsnovelle 2007, BGBl. I, Nr. 66 vom 21. Dezember 2007, S. 2966.

158 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

159 BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

160 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V), Rz. 99 f.

161 Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 526 f. sowie Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV, Rz. 136. Beide mit Verweisen zur einschlägigen Rechtsprechung.

162 EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 7/72 – Europemballage u. Continental Can, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 f.

Missbrauch bereits nach dem Wortlaut von Art. 102 lit. a AEUV in der Erzwingung sowohl von unangemessenen Einkaufs- als auch Verkaufspreisen liegen.[163]

205. Die abweichenden deutschen Regelungen bedeuten, dass ein Missbrauchsvorwurf in Fällen ohne Binnenmarktbezug nur bei Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktmacht und Missbrauch und damit unter erhöhten Voraussetzungen erhoben werden kann. Dies mag sich rechtspolitisch damit rechtfertigen lassen, dass ein Missbrauchsvorwurf auf lokalen Märkten angesichts der relativ scharfen Kartellrechtssanktionen nur zurückhaltend erhoben werden sollte. Allerdings erscheint es bedenklich, wenn gerade bundesweit tätige Unternehmen als Nachfrager davon profitieren, dass bei einer lokalen Anbieterstruktur nur deutsches und nicht auch das strengere europäische Missbrauchsrecht Anwendung findet.

206. Eine Änderung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB könnte zu einer Angleichung an das EU-Recht führen, bei der das Kausalitätserfordernis für das Anzapfverbot aufgehoben wird. Dazu könnte der bestehende Art. 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB durch eine Formulierung ersetzt werden, die sich an Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV orientiert. Sie könnte lauten:

„Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen [...]

5. unmittelbar oder mittelbar unangemessene Einkaufspreise oder als Nachfrager unangemessene sonstige Geschäftsbedingungen erzwingt."

Eine solche Regelung dürfte zu keiner wesentlich erhöhten Rechtsunsicherheit führen, da bei ihrer Auslegung die bisherige EU-Rechtsprechung herangezogen werden könnte. Die Voraussetzung, dass die Einkaufspreise bzw. Geschäftsbedingungen „unangemessen" sein müssen, gestattet zudem Rückgriffe auf die deutsche Rechtsprechung zur umfassenden Interessenabwägung in Missbrauchsfällen. Die Unterschiede zum bestehenden Recht sollten sich damit darauf beschränken, dass es sich nicht mehr haftungsbegrenzend auswirkt, wenn ein missbräuchliches Nachfrageverhalten nicht kausal auf eine marktbeherrschende Stellung zurückführbar ist.

207. Eine weitergehende Angleichung an das EU-Recht, die über den speziellen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB hinaus das Kausalitätserfordernis auch bei angebotsseitigen Missbräuchen entfallen ließe, sollte dagegen erst auf Grundlage einer umfassenderen Überprüfung des deutschen Missbrauchsrechts in Betracht gezogen werden.

4.2 Untereinstandspreisverbot für Lebensmittel

208. Nach dem bestehenden § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist es Unternehmen mit relativer Marktmacht verboten, Lebensmittel unter Einstandspreis zu verkaufen.[164] Diese bis Ende des Jahres 2017 befristete Sonderregelung verschärft das hinsichtlich sonstiger Produkte geltende Verbot, Waren oder gewerbliche Leistungen „nicht nur gelegentlich" unter Einstandspreis zu verkaufen. Eingeführt wurde das generelle Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis für Lebensmittel im Jahr 2007.[165] Im Rahmen der Neunten GWB-Novelle wird eine Entfristung der Vorschrift sowie die Aufnahme einer Legaldefinition von Untereinstandspreisen in das GWB diskutiert.

209. Das Untereinstandspreisverbot in § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist weiterhin kritisch zu sehen. Es gibt eine Reihe von Gründen für kurzzeitige Verkäufe unter Einstandspreisen.[166] Dazu gehört die Durchführung gezielter Marketingaktionen für Produkte, die besonders im Fokus der Verbraucher stehen. Diese Strategie macht sich die Neigung der Endkunden für ein sogenanntes One-Stop-Shopping zu nutze und stellt für den Ausgleich etwaiger Verluste auf die Möglichkeiten einer Mischkalkulation ab. Eine solche Preispolitik hat nichts mit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategie gemein, sondern ist Ausdruck von Wettbewerb. Sie kommt den Verbrauchern zugute, da diese von günstigen

---

[163] Für Nachweise aus der Rechtsprechung siehe z. B. Eilmansberger/Bien in: Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rz. 76 ff. m. Nachw.

[164] In Ausnahmefällen wie drohendem Verderb oder Unverkäuflichkeit sind Untereinstandspreise allerdings möglich.

[165] Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966.

[166] Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1185 f.

Preisen profitieren. Es ist auch langfristig nicht damit zu rechnen, dass durch die von der Regelung betroffenen Untereinstandspreisverkäufe Wettbewerber vom Markt verdrängt werden. Eine solche Strategie dürfte sich nicht nur auf wenige Produkte und kürzere Zeiträume erstrecken, sondern müsste größere Teile der Sortimente umfassen und auf längere Sicht durchgehalten werden. Es ist wenig wahrscheinlich, dass eine solche Strategie auf den Handelsmärkten in Deutschland erfolgreich wäre. Dagegen spricht der bestehende intensive Wettbewerb im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sowie die Wirksamkeit potenziellen Wettbewerbs. Zwar sind auf dem deutschen Markt für den Lebensmitteleinzelhandel Marktzugangsbarrieren für Neugründungen vorhanden, z. B. wegen des bestehenden Planungsrechts und der restriktiven Genehmigungspraxis der zuständigen Behörden.[167] Marktzutritte durch die Übernahme eines etablierten Wettbewerbers wären aber nicht auszuschließen.[168]

210. Unklar ist zudem, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen schützen sollte. Die Erwartung, dass ein solches Verbot nachfragemächtige Handelsunternehmen daran hindert, Druck auf die Hersteller auszuüben, ist wenig plausibel. Zu erwarten ist vielmehr, dass Handelsunternehmen bei einem strikten Verbot des Verkaufs von Untereinstandspreisen ihre Verhandlungsmacht nutzen werden, um die Einstandspreise gegebenenfalls weiter zu drücken, wenn sie ihre Endkundenpreise senken möchten. Im Übrigen gilt das Untereinstandspreisverbot nach deutschem Recht seit einem Urteil des OLG Düsseldorf zur Aufschlüsselung von Werbekostenzuschüssen im Fall Rossmann als praktisch kaum mehr durchsetzbar.[169] Gegen das Untereinstandspreisverbot spricht auch, dass sich eine solche Regelung im europäischen Recht nicht findet.

211. Problematisch wäre auch eine gesetzliche Definition von Untereinstandspreisen. Einstandspreise sind bereits im Einzelfall schwer zu ermitteln. Das gilt besonders im Lebensmitteleinzelhandel, da hier eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen, Rabatten, Zuschüssen und Rückvergütungen existiert, deren zweifelsfreie Zuordnung nicht immer möglich ist. Die mangelnde Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit der Norm liegt auch nicht darin begründet, dass der Begriff des Einstandspreises rechtlich unbestimmt ist. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen Auslegungsfragen der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung überlassen. Das Bundeskartellamt hat daher Auslegungsgrundsätze entwickelt und dabei konkret definiert, wie es den Einstandspreis bestimmt.[170] Die Anwendungsprobleme sind dadurch allerdings nicht gelöst worden. Es ist nicht zu erwarten, dass dies der Fall wäre, wenn Einstandspreise im GWB definiert und z. B. die Zuordnung einzelner Rabatte und Boni auf die Sortimentsbestandteile gesetzlich geregelt wäre.

212. Die Monopolkommission hält aus den genannten Gründen an ihrer ablehnenden Position gegenüber dem Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis bei Lebensmitteln fest. Die bestehende Regelung in § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB sollte wie vorgesehen spätestens Ende des Jahres 2017 auslaufen. Besser noch wäre, das Verbot insgesamt ersatzlos zu streichen.

---

[167] Ebenda, Tz. 1231 ff.

[168] Monopolkommission, Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben Edeka Zentrale AG & Co KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Baden-Baden 2015, Tz. 115 f.

[169] Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWi; bestätigt durch BGH, Urteil vom 9. November 2010, KRB 57/10; ebenfalls Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 433.

[170] Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 124/2003 vom 4. August 2003 zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB (Angebot unter Einstandspreis). Die Bekanntmachung wird derzeit aktualisiert. Vonseiten der EU-Kommission wurden zwar 2009 ebenfalls Leitlinien zur Bewertung von Behinderungsmissbräuchen veröffentlicht. Die dortigen Vorgaben, die auf der europäischen Rechtsprechung basieren, sind jedoch weit weniger konkret als jene des Bundeskartellamtes und bieten daher auch keinen Lösungsansatz. Vgl. EU-Kommission, Mitteilung vom der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Rz. 64.

Flughafenregulierung

Kurz gefasst

Ende der 1980er Jahre setzte im europäischen Luftverkehr ein schrittweiser Liberalisierungsprozess ein, der die zuvor stark regulierte Luftverkehrsbranche grundlegend verändert hat. Die Intensivierung des Wettbewerbs zwischen Fluggesellschaften hat dazu geführt, dass das Angebot an Flugverbindungen deutlich ausgebaut werden konnte und Flüge für Passagiere zunehmend erschwinglicher geworden sind. Flughäfen haben sich von einfachen Infrastrukturen zu Mehrproduktunternehmen entwickelt, die einen Großteil ihrer Umsätze im Non-Aviation Bereich z. B. mit der Vermietung von Geschäftsflächen erzielen.

Während sich der Wettbewerb zwischen Fluggesellschaften durch die Liberalisierung deutlich intensiviert hat, ist auf Ebene der Flughäfen eine staatliche Regulierung weiterhin grundsätzlich notwendig. Verbesserungspotenzial sieht die Monopolkommission in den Bereichen Entgeltregulierung, Slot-Vergabe und Bodenverkehrsdienste.

Nach dem derzeit in Deutschland praktizierten Verfahren der Entgeltgenehmigung befinden sich zahlreiche Bundesländer in einer Doppelrolle als Eigentümer und Regulierungsbehörde, wodurch Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden können. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Aufsicht über die Entgeltgenehmigung einer unabhängigen und zentralen Behörde zu übergeben. Zudem sollte zukünftig durch eine Marktmachtanalyse festgestellt werden, welche Flughäfen in Deutschland regulierungsbedürftig sind. Liegt keine Markmacht vor, sollte auf eine umfängliche Entgeltregulierung zugunsten einer Verhandlungslösung zwischen Flughäfen und Fluggesellschaften verzichtet werden. Dagegen sollte bei Vorliegen dauerhafter Marktmacht eine anreizorientierte Ex-ante-Regulierung anstelle der gegenwärtig verbreiteten kostenbasierten Entgeltregulierung in Betracht gezogen werden.

Nach Auffassung der Monopolkommission ebenfalls zu überarbeiten ist das europäische System zur Vergabe von Zeitnischen für das Starten und Landen an Flughäfen (Flughafen-Slots). Das bestehende System, das eine Verteilung von Slots auf Basis sogenannter Großvaterrechte vorsieht, kann dem Anspruch an eine effiziente Kapazitätsnutzung dauerhaft nicht gerecht werden. Stärker als bisher sollte daher auf Marktmechanismen gesetzt werden. Sowohl Instrumente zur Primärvergabe von Slots wie z. B. Auktionen als auch der teilweise bereits stattfindende Sekundärhandel zwischen Fluggesellschaften sollten explizit gestattet werden. Durch die damit einhergehende Einschränkung der Großvaterrechte würden zudem Markteintrittsbarrieren für Fluggesellschaften abgebaut werden.

Außerdem sollte nach Ansicht der Monopolkommission die Liberalisierung des Marktes für den Zugang zu Bodenverkehrsdiensten konsequent weitergeführt werden. Insbesondere an großen Flughäfen mit ausreichend Kapazitäten sollten weitere unabhängige Drittanbieter zugelassen werden. An deutschen Flughäfen gibt es für einen Reihe von Diensten oftmals nur einen unabhängigen Anbieter, dessen Marktanteil in der Regel unter 25 Prozent liegt. Die häufig vorgebrachten Argumente, mehr Wettbewerb würde zulasten der Qualität gehen und sei aus logistischen Gründen nicht umsetzbar, können nicht überzeugen. Zudem sollte erwogen werden, Flughafenbetrieb und Bodenabfertigung rechtlich zu trennen, um zu verhindern, dass es bei der Vergabe von Zulassungen und im späteren betrieblichen Ablauf zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen Dienstleistern kommt.

Flughafenregulierung

1 Einführung

213. Vor Beginn des Liberalisierungsprozesses Ende der 1980er Jahre war der Luftverkehrssektor in Europa geprägt von staatlicher Regulierung. Fluggesellschaften und Flughäfen befanden sich zum größten Teil in staatlichem Eigentum und bilaterale Verträge zwischen Staaten legten fest, mit welcher Häufigkeit und zu welchen Preisen Fluggesellschaften bestimmte Flughäfen im Ausland anfliegen durften.

214. Durch die Liberalisierung hat sich der Luftverkehr in Europa stark verändert. Fluggesellschaften und einige Flughäfen wurden (teil-)privatisiert und Begrenzungen im Luftverkehr zwischen Mitgliedstaaten wurden zunehmend aufgehoben. Der daraus resultierende Anstieg des Luftverkehrs führte zu einem Ausbau von Transportkapazitäten. Die Anzahl der Sitzplätze auf Flügen innerhalb der EU wuchs von 5,5 Mio. in 1992 auf 13,9 Mio. in 2015. Im gleichen Zeitraum stieg die Anzahl verschiedener Flugverbindungen innerhalb der EU von 874 auf 3.522 und die der Flugverbindungen zwischen europäischen und nicht europäischen Flughäfen von 988 auf 2.621.

215. Während sich der Wettbewerb zwischen Fluggesellschaften intensiviert hat[1], sind auf Ebene der Flughäfen weiterhin regulatorische Vorgaben notwendig. Aus ökonomischer Sicht sollte das Ziel der Regulierung sein, die ökonomische Wohlfahrt zu maximieren. Vergleichsmaßstab ist dabei das Marktergebnis bei funktionierendem Wettbewerb. In so einem Fall würden wettbewerbliche Flughafenentgelte erhoben, Produktionskosten minimiert und optimal in neue Kapazitäten investiert werden.[2]

216. Studien zur Leistungsfähigkeit europäischer Flughäfen legen jedoch nahe, dass dies häufig nicht der Fall ist. Europäische und insbesondere deutsche Flughäfen würden mit zu hohen Kosten produzieren, da z. B. Einsparungspotenziale etwa bei der Auslagerung von Bodenverkehrsdiensten nicht ausgeschöpft werden.[3] An stark frequentierten Flughäfen kommt hinzu, dass Zeitnischen für das Starten und Landen (Slots) auf Basis von Großvaterrechten vergeben werden, was im Vergleich zu einer marktbasierten Slotvergabe zu Wohlfahrtsverlusten in Milliardenhöhe führe.[4]

217. Zudem ist in Europa ein suboptimales Investitionsverhalten zu beobachten. Nicht selten werden neue Flughafenkapazitäten an Standorten mit geringer Nachfrage geschaffen, während an stark nachgefragten Flughäfen ein Mangel

---

[1] Beispielsweise stieg die Anzahl der Verbindungen zwischen EU-Flughäfen, die von mehr als zwei Fluggesellschaften angeboten wurden, von 93 im Jahr 1992 auf 599 in 2015. Vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An Aviation Strategy for Europe, SWD(2015) 261 final, vom 7. Dezember 2015, S. 16.

[2] Vgl. zu den Kriterien der Flughafenregulierung Müller, J./Niemeier, H.-M., Reform der ökonomischen Regulierung von Flughäfen in Deutschland, Frankreich und Österreich – Eine Bestandsaufnahme, GAP Working Paper, 2012, S. 3.

[3] Vgl. Kamp, V./Niemeier, H.-M./Müller, J., What can be Learned from Benchmarking Studies? Examining the Apparent Poor Performance of German Airports, Journal of Airport Management 1 (3), S. 294-308.

[4] Mott MacDonald (2006) gehen in einer Untersuchung für die Europäische Kommission davon aus, dass durch die Einführung eines europaweiten Slot-Handels zusätzliche Flüge angeboten werden können, wodurch sich die Gesamtwohlfahrt um rund 32 Mrd. Euro erhöhen würde. Vgl. Mott MacDonald, Study on the Impact of the Introduction of Secondary Trading at Communiaty Airports (I), Croydon 2006, S. 10-16. In einer neueren Studie wird der wirtschaftliche Mehrwert einer Kombination verschiedener Instrument zur Slotvergabe auf mehr als 5 Mrd. Euro geschätzt. Vgl. Steer Davies Gleave, Impact Assessment of Revisions to Regulation 95/93, Bericht für die Europäische Kommission, Brüssel, März 2011, S. 328.

an Kapazitäten besteht.[5] Das Problem der fehlenden bzw. deplatzierten Kapazitäten gilt als eine der größten Herausforderungen der europäischen Luftverkehrsbranche.[6] Ausgehend von den heute bekannten Ausbauvorhaben und einem moderaten Anstieg des zukünftigen Verkehrswachstums wird geschätzt, dass im Jahr 2035 Kapazitäten für 1,9 Mio. Starts und Landungen in Europa fehlen werden; 150.000 davon alleine in Deutschland.[7]

218. Die Europäische Kommission hat die Verringerung von Kapazitätsengpässen zu einer der drei Prioritäten ihrer Luftfahrtstrategie für Europa gemacht, die sie im Dezember 2015 in einer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und weiteren EU-Institutionen vorgestellt hat.[8] Die Kapazitätsengpässe auf Flughäfen versucht die Europäische Kommission im Rahmen der Luftfahrtstrategie durch ihre Flughafenpolitik zu adressieren. Im Wesentlichen besteht diese aus den drei Bereichen Flughafenentgelte[9], Bodenabfertigungsdienste[10] und Slot-Vergabe[11].

219. Eine effiziente Regulierung von deutschen Flughäfen leidet teilweise darunter, dass es keine ausreichend unabhängige Regulierungsbehörde gibt, die dort wo erforderlich, das Preissetzungsverhalten marktmächtiger Flughäfen einschränkt. Zahlreiche Flughäfen in Deutschland werden zwar gewinnorientiert geführt, befinden sich aber sich noch immer im Eigentum der öffentlichen Hand. Durch die Doppelrolle der öffentlichen Hand als Eigentümer und Regulierer kommt es unweigerlich zu Interessenkonflikten, die einer effizienten Regulierung im Wege stehen können.

220. Vor diesem Hintergrund setzt sich die Monopolkommission im Folgenden mit aktuellen Fragen der Flughafenregulierung auseinander. Ausgehend von einer einleitenden Darstellung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Luftverkehrs in Deutschland werden Handlungsoptionen in den Bereichen Flughafenentgelte, Bodenverkehrsdienste und Slot-Vergabe aufgezeigt, die darauf abzielen, die Effizienz der Flughafenregulierung zu erhöhen.

2 Der Luftverkehrsstandort Deutschland

2.1 Volkswirtschaftliche Bedeutung des Luftverkehrs in Deutschland

221. Die Luftverkehrspolitik eines Landes leitet ihre Legitimation aus den Funktionen, die dem Luftverkehr zugeschrieben werden, ab. Hierzu gehört neben den gesellschaftlichen und politischen Funktionen wie der Sicherstellung der Mobilität der Bürger eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Funktion. Darüber hinaus belastet der Luftverkehr durch Lärm- und Schadstoffemissionen die Umwelt („Dysfunktion des Luftverkehrs“).[12]

---

[5] Vgl. Button, K. J./Reynolds-Feighan, A. J., An Assessment of the Capacity and Congestion Levels at European Airports, Journal of Air Transport Management 5 (3), 1999, S. 113-134.

[6] Im Gegensatz zu vielen großen Flughäfen verfügen insbesondere kleinere Regionalflughäfen über ungenutzte Kapazitäten. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss spricht in diesem Zusammenhang von „misplaced capacities“ in Europa, http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.group-1-new-news.34186, Abruf am 22. Juni 2016.

[7] Vgl. Eurocontrol, Challenges of Growth 2013, Summary Report, S. 21. Werte beziehen sich auf das wahrscheinlichste Szenario „Regulated Growth“. Demnach wird davon ausgegangen, dass die Anzahl von Flugbewegungen in Europa auf rund 16 Mio. im Jahr 2035 steigen könnte, aber aufgrund von fehlenden Kapazitäten bei 12 Mio. Flügen liegen wird.

[8] Vgl. EU-Kommission, Eine Luftfahrtstrategie für Europa, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM(2015) 598 final vom 7. Dezember 2015. Die anderen beiden Prioritäten sind die Erschließung von Wachstumsmärkten in Drittländern und die Aufrechterhaltung hoher Sicherheitsstandards.

[9] Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte, ABl. EU L 70 vom 14. März 2009, S. 11.

[10] Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. EU L 272 vom 25. Oktober 1996, S. 36.

[11] Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft vom 18. Januar 1993, ABl. L 14 vom 21. Februar 1993 zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 545/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009, ABl. EU L 167 vom 29. Juni 2009, S. 24.

[12] Vgl. Pompl, W., Luftverkehr – Eine ökonomische und politische Einführung, Fünfte Auflage, Berlin 2007, S. 51 ff.

222. Die wirtschaftliche Bedeutung des Luftverkehrssektors ergibt sich aus dessen Bruttowertschöpfung, die Arbeits- und Kapitaleinkommen umfasst, der Anzahl der in diesem Sektor beschäftigten Personen und den öffentlichen Einnahmen, die sich unter anderem aus der Besteuerung der genannten Einkommen ergeben.[13] Dabei lassen sich für jeden dieser Bereiche direkte, indirekte, induzierte und katalytische Effekte unterscheiden:

- Direkte Effekte resultieren aus der unmittelbaren Leistungserbringung der Luftverkehrswirtschaft, d. h. der Flugdienste (Passagiere, Fracht und Post), der Leistungen im Bereich der Flughäfen und der öffentlichen Dienste wie der Flugsicherung. Je nach Abgrenzung der Luftverkehrswirtschaft können auch Leistungen der Luftfahrtindustrie, die die Herstellung von Flugzeugen und Zubehör umfasst, in die Betrachtung der direkten Effekte miteinbezogen werden.
- Indirekte Effekte ergeben sich mittelbar aus Vorleistungen, die die Luftverkehrswirtschaft in anderen Bereichen nachfragt sowie durch Anbieter, die im Zusammenhang mit dem Luftverkehr stehen, wie Reisebüros und Reiseveranstalter.
- Induzierte Effekte entstehen durch die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen der Unternehmen, die indirekt mit dem Luftverkehr verbunden sind sowie aus der Konsumnachfrage, die aus den Einkommen der direkt und indirekt im Luftverkehr beschäftigten Personen resultiert.
- Katalytische Effekte treten dadurch auf, dass ein Flughafen die Attraktivität einer Region steigert, sodass sich vermehrt Unternehmen dort ansiedeln. Die Definition und Ermittlung von katalytischen Effekten erfolgt in der Literatur jedoch uneinheitlich und wird im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

223. In verschiedenen empirischen Studien wurde versucht, die volkswirtschaftlichen Effekte des Luftverkehrs in Deutschland zu quantifizieren.[14] Unterschiede zwischen den Studien ergeben sich insbesondere aus abweichenden Definitionen des Bereichs Luftverkehr. So beziehen die drei Studien, die die höchsten Beschäftigungseffekte ausweisen, die Luftfahrtindustrie, welche die Herstellung von Flugzeugen und Zubehör umfasst, in ihrer Definition des Luftverkehrs mit ein, was zu entsprechend höheren Werten führt.[15]

224. Die Schätzungen für die Bruttowertschöpfung, also die Summe der direkten, indirekten und induzierten Wertschöpfung, schwanken dabei zwischen ca. EUR 39 Mrd. und knapp EUR 57 Mrd. In einer weiteren Untersuchung wurden nur direkte und indirekte Effekte berücksichtigt. Entsprechend fällt die geschätzte Bruttowertschöpfung mit ca. EUR 24,2 Mrd. niedriger aus (vgl. Tabelle I.1).

Tabelle I.1: Bruttowertschöpfung und Beschäftigungseffekte der Luftverkehrswirtschaft in Deutschland in Mrd. Euro

Studie	Bezugsjahr	Bruttowertschöpfung [Mrd. EUR]				Beschäftigungseffekte [Anzahl in Tsd.]			
		Direkt	Indirekt	Induziert	Gesamt	Direkt	Indirekt	Induziert	Gesamt
InterVISTAS (2015)	2013	16,6	10,7	11,7	39,0	220,5	147,6	153,9	522.0
Oxford Economics (2011)	2009	22,2	15,6	10,1	47,9	323,0	300,0	193,0	816,0
Air Transport Action Group (2014)	2012	26,3	18,4	12,0	56,7	411,0	251,2	163,5	825,7
BDL (2013)	2012	17,0	25,1	9,1	51,2	324,5	352,7	145,9	823,1
DIW Econ (2015)	2012	14,3	10,1	-	24,4	225,3	126,8	-	352,1

Quelle: Eigene Darstellung nach DIW Econ (2015); Daten: siehe erste Spalte

[13] DIW Econ et al. AP2, S. 23 f.

[14] Vgl. InterVISTAS, Economic Impact of European Airports: A Critical Catalyst to Economic Growth, Bath, UK, 2015.; Oxford Economics, Economic Benefits from Air Transport in Germany, 2011; Air Transport Action Group, Powering Global Economic Growth, Employment, Trade Links, Tourism and Support for Sustainable Development through Air Transport, Genf, 2014 und Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft (BDL)/ifo Institut, Report 2013- Luftfahrt und Wirtschaft, April 2013.

[15] Für eine detaillierte Analyse der Unterschiede siehe DIW Econ u. a., Grundlagenermittlung für ein Luftverkehrskonzept der Bundesregierung, Arbeitspaket 2, 2015, S. 33 ff.

225. Analog zur geschätzten Höhe der Bruttowertschöpfung weisen die Studien unterschiedlich hohe Beschäftigungseffekte aus. InterVISTAS geht davon aus, dass der Luftverkehr direkt, indirekt und induziert zur Schaffung von ca. 522.000 Arbeitsplätzen in Deutschland beiträgt. Drei der anderen genannten Studien gehen hingegen von einem Gesamt-Beschäftigungseffekt von mehr als 800.000 aus. Es fällt auf, dass die Air Transport Action Group mit ca. 411.000 Arbeitsplätzen die höchsten direkten Beschäftigungseffekte ausweist, während Oxford Economics und BDL jeweils von knapp über 320.000 direkt geschaffenen Arbeitsplätzen ausgehen.

226. Oxford Economics und BDL haben zudem versucht, die Effekte der Luftverkehrswirtschaft auf die öffentlichen Einnahmen zu ermittelt. Diese Effekte sind in den oben aufgeführten Wertschöpfungs- und Beschäftigungseffekten nicht enthalten. Beide Studien weisen mit ca. EUR 20,2 Mrd. bzw. ca. EUR 23,1 Mrd. relativ ähnliche Werte aus.[16]

227. Neben den vorwiegend positiven wirtschaftlichen Effekten treten im Zusammenhang mit dem Luftverkehr in nicht unwesentlichem Maße negative Umwelteffekte auf. Dazu gehören die durch den Flugverkehr auf lokaler Ebene entstehende Lärmbelastung und Minderung der Luftqualität. Auf globaler Ebene trägt der Luftverkehr vor allem durch den Verbrauch von Kerosin und den damit verbundenen Ausstoß von klimawirksamen Gasen zum künstlichen Treibhauseffekt bei. Zudem kann es durch den Bau von Flughäfen zur Versiegelung von Flächen, zur Zerschneidung von natürlichen Lebensräumen und zur dauerhaften Veränderung des Landschaftsbilds kommen.[17]

228. Beim Starten und Landen von Flugzeugen entsteht insbesondere durch die Triebwerke Lärm, der im Wesentlichen auf die unmittelbare Umgebung der Flughäfen begrenzt ist. Abhängig von der Stärke und Dauer kann Lärm eine gesundheitliche Belastung für Menschen darstellen. Zudem kann Lärm subjektiv als Belästigung empfunden werden und damit eine Einschränkung der Lebensqualität bedeuten.[18]

229. Die Anzahl der Personen, die nach der europäischen Umgebungslärmrichtlinie als von Fluglärm belastet gelten, lag in Deutschland im Jahr 2012 bei ca. 738.000. Erfasst wurden dabei alle Personen, die im Umkreis von Großflughäfen mit mehr als 50.000 Flugbewegungen pro Jahr lebten und dabei einem Lärmpegel von mehr als 55 dB ausgesetzt waren. Die Flughäfen Frankfurt und Berlin-Tegel weisen mit jeweils mehr als 200.000 Personen die mit Abstand größte Anzahl belasteter Personen auf. Bei den anderen untersuchten deutschen Verkehrsflughäfen fällt die Belastung trotz hohem Verkehrsaufkommen deutlich geringer aus. Im Vergleich mit anderen Verkehrsträgern ist die Anzahl der von Lärm belasteten Personen gering. Durch Straßenlärm wurden in Deutschland 2011 rund 10,2 Mio. Personen und durch Schienenlärm ca. 8,2 Mio. Personen belastet.[19]

230. Zusätzlich zum Lärm werden durch den Flugverkehr Schadstoffe emittiert, die die lokale Umwelt belasten. Das Umweltamt der Stadt Frankfurt a. M. geht davon aus, dass der Flugverkehr am Frankfurter Flughafen für ca. 23,7 Prozent der Stickoxidemissionen in Frankfurt verantwortlich ist. Als weitere Emittenten von Stickoxiden werden die Industrie (ca. 24,6 Prozent), der Kraftfahrzeugverkehr (ca. 41,6 Prozent) und Heizungen (ca. 10,1 Prozent) genannt. Einen deutlich geringeren Anteil an Emission verursacht der Flugverkehr in Bezug auf Feinstaub. In der Stadt Frankfurt a. M. sorgt er für ca. 2,5 Prozent der Emissionen, während Industrie und Heizungen ca. 7,9 Prozent bzw. ca. 10,0 Prozent ausmachen. Hauptemittent ist der Straßenverkehr mit ca. 79,6 Prozent.[20]

2.2 Zur Wertschöpfungskette im Luftverkehr

231. Nach dem 3-Ebenen-Schema des Luftverkehrs lassen sich die wesentlichen Akteure der Wertschöpfungskette in drei Gruppen einteilen:[21]

---

[16] Vgl. Oxford Economics, a. a. O., S. 14. BDL/ifo Institut. a. a. O., S. 16.

[17] Vgl. Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V., NGO-Luftverkehrskonzept – Schritte zu einem zukunftsfähigen und umweltverträglichen Luftverkehr in Deutschland, Berlin, 1. Auflage, Juli 2015.

[18] Vgl. DIW Econ u. a., a. a. O., S. 118 ff.

[19] Vgl. ebenda, S. 119 ff.

[20] Vgl. Stadt Frankfurt, Flugverkehr und Luftverunreinigung im Ballungsraum Rhein-Main 2010-2015, November 2014.

[21] Vgl. Knieps, G., Wettbewerb in Netzen – Reformpotenziale in den Sektoren Eisenbahn und Luftverkehr, Tübingen, 1996.

- die Flughäfen als Bereitsteller von Flughafeninfrastruktur inklusive Abfertigungsdienstleistungen;
- die Fluggesellschaften als Anbieter von Transportdienstleistungen und
- die Luftverkehrskontrollsysteme.

232. Nach diesem Schema wird davon ausgegangen, dass Flughäfen als Bereitsteller von Infrastruktur am Anfang einer vertikalen Wertschöpfungskette stehen. Es folgen eine Koordinationsebene für Luftverkehrskontrollsysteme und eine Dienstebene, in der Flugdienste angeboten werden. Bei dieser Betrachtungsweise treten Passagiere und Logistikunternehmen lediglich als Nachfrager von Flugdienstleistungen auf. Finanzielle Erlöse der Flughäfen aus anderen Geschäftsbereichen bleiben unberücksichtigt.

2.2.1 Fluggesellschaften

233. Die Fluggesellschaften lassen sich im Wesentlichen nach Netzwerk Carrier (auch Linienfluggesellschaften) und Low Cost Carrier unterscheiden. Hinzu kommen Ferienfluggesellschaften, Luftfracht-Fluggesellschaften und sonstige Fluggesellschaften.

234. Bei den Netzwerk Carriern handelt es sich typischerweise um große Fluggesellschaften mit einem dichten Streckennetz wie Lufthansa, KLM und Turkish Airlines.[22] Diese klassischen Anbieter sind oftmals aus früheren Staatsunternehmen hervorgegangen und wurden ganz oder teilweise privatisiert. Netzwerk Carrier setzen vielfach auf ein Hub-and-Spoke-System, bei dem ein oder mehrere Flughäfen als Drehkreuze (Hubs) dienen, von denen aus Zubringer- und Anschlussflüge angeboten werden. Dadurch ist es den Fluggesellschaften möglich, eine größere Anzahl an Flugverbindungen anzubieten als mit einem System aus Direktverbindungen. Zu den Nachteilen des Hub-and-Spoke-Systems gehört die Notwendigkeit häufigerer Umstiege und längerer Wartezeiten für Passagiere.

235. Im Gegensatz zu den Netzwerk Carriern bieten sogenannte Low Cost Carrier (auch Billigfluggesellschaften) vorwiegend Direktverbindungen in einem Punkt-zu-Punkt-System an.[23] Low Cost Carrier haben im Vergleich zu anderen Fluggesellschaften geringere operative Kosten und bieten Flugtickets in der Regel zu niedrigeren Preisen an. Dabei wird nicht selten auf sonst übliche Leistungen wie die unentgeltliche Versorgung mit Speisen und Getränken verzichtet. Die Entwicklung der Low-Cost-Airlines in Deutschland setzte parallel zur Liberalisierung des Flugverkehrs in den 1990er Jahren ein. Zu den meist genutzten Anbietern in Deutschland gehören Air Berlin, Germanwings und Ryanair.[24]

236. Die Unterscheidung in Netzwerk-Carrier und Low-Cost Airlines ist nicht immer trennscharf. Beispielsweise kombiniert die zweitgrößte Fluggesellschaft Deutschlands, Air Berlin, Charakteristika beider Geschäftsmodelle. So werden einerseits günstige Direktverbindungen zwischen europäischen Städten angeboten. Andererseits verfügt Air Berlin mit Berlin-Tegel, Düsseldorf und Mallorca über drei Drehkreuze. Zudem betreiben zunehmend auch etablierte Netzwerk-Carrrier eigene Low-Cost-Sparten als Reaktion auf das Aufkommen der Billigfluggesellschaften.

2.2.2 Flughäfen

237. Flughäfen haben sich von einfachen Infrastrukturen zu gewinnorientierten Mehrprodukt-Unternehmen entwickelt, die neben der Abfertigung und dem Transport von Passagieren auch den Transport von Fracht und Post übernehmen sowie für Militärflüge genutzt werden können. Flughäfen erzielen einen erheblichen Teil ihrer Umsätze im sogenannten Non-Aviation Bereich. Dabei handelt es sich um die Geschäftsbereiche im Umfeld des Flughafens, die nicht direkt mit der Erbringung von Flugleistungen in Verbindung stehen. Beispiele hierfür sind Parkhäuser, Restaurants und Shoppingangebote. Die Umsätze im Non-Aviation-Bereich hängen im großen Maße mit der Anzahl an Passagieren

---

[22] Beispielhaft aufgeführt wurden die drei nach angebotenen Flügen größten in Deutschland tätigen Network Carrier. Vgl. Deutsches Zentrum für Luft und Raumfahrt (DLR), Luftverkehrsbericht 2014, S. 32.

[23] Bei dem Begriff Low Cost Carrier bzw. Billigfluggesellschaft handelt es sich um einen in der Branche üblichen Begriff, der darüber hinaus z. B. auch in offiziellen Dokumenten der Europäischen Kommission Verwendung findet.

[24] Beispielhaft aufgeführt wurden die drei nach angebotenen Flügen größten in Deutschland tätigen Low Cost Carrier. Vgl. Deutsches Zentrum für Luft und Raumfahrt (DLR), Luftverkehrsbericht 2014, S. 32.

auf dem Flughafen zusammen. Flughäfen können daher einen Anreiz haben, Entgelte für Fluggesellschaften (insbesondere Entgelte pro Passagier) zu reduzieren, damit mehr Passagiere über den Flughafen gelenkt werden und Umsätze im Non-Aviation Bereich steigen.

238. Der Großteil des gewerblichen Luftverkehrs in Deutschland wird über die 27 Hauptverkehrsflughäfen des Landes abgewickelt. Diese lassen sich anhand ihres Verkehrsaufkommen in drei Kategorien einteilen.

239. Frankfurt (Main) mit knapp 60 Mio. Passagieren und München mit ca. 40 Mio. Passagieren pro Jahr bilden die erste Kategorie der sogenannten Drehkreuze (Hubs, vgl. Tabelle I.2). Der Begriff „Hub“ ergibt sich aus der zentralen Rolle dieser Flughäfen für mindestens eine Fluggesellschaft, die diesen Flughafen als Netzwerkknoten nutzt. Typischerweise handelt es sich hierbei um Netzwerk Carrier. Im Fall der Flughäfen Frankfurt und München kommt der Fluggesellschaft Lufthansa eine zentrale Rolle als Nutzerin der Flughafeninfrastruktur zu. So entfallen auf die Lufthansa Group am Flughafen Frankfurt mehr als 64 Prozent der Flugbewegungen und in München knapp 60 Prozent der Flugbewegungen.[25]

Tabelle I.2: Verkehrsmengen deutscher Hauptverkehrsflughäfen 2014

	Starts und Landungen		Passagiere		Fracht und Post	
Flughafen	Anzahl	Anteil in %	Anzahl in Tsd.	Anteil in %	Menge in Tonnen	Anteil in %
Frankfurt/Main	462.466	22,97	59.551	28,40	2.164.132	47,92
München	363.496	18,05	39.678	18,92	323.232	7,16
Düsseldorf	205.358	10,20	21.839	10,41	97.099	2,15
Berlin-Tegel	176.235	8,75	20.682	9,86	40.898	0,91
Hamburg	139.217	6,91	14.758	7,04	28.953	0,64
Stuttgart	115.035	5,71	9.712	4,63	31.538	0,70
Köln/Bonn	109.962	5,46	9.438	4,50	751.292	16,64
Hannover	66.099	3,28	5.287	2,52	15.292	0,34
Berlin-Schönefeld	62.097	3,08	7.291	3,48	7.877	0,17
Leipzig/Halle	58.484	2,90	2.326	1,11	908.402	20,12
Nürnberg	42.648	2,12	3.255	1,55	8.742	0,19
Bremen	37.072	1,84	2.773	1,32	795	0,02
Dresden	22.293	1,11	1.754	0,84	166	0,00
Dortmund	19.386	0,96	1.957	0,93	3	0,00
Hahn	19.103	0,95	2.446	1,17	132.665	2,94
Karlsruhe/Baden-Baden	16.312	0,81	951	0,45	779	0,02
Münster/Osnabrück	14.498	0,72	886	0,42	661	0,01
Niederrhein	13.453	0,67	1.808	0,86	0	0,00
Rostock-Laage	10.453	0,52	116	0,06	0	0,00
Friedrichshafen	9.692	0,48	550	0,26	0	0,00
Saarbrücken	8.918	0,44	397	0,19	33	0,00
Memmingen	8.540	0,42	748	0,36	0	0,00
Paderborn/Lippstadt	8.474	0,42	761	0,36	287	0,01
Erfurt	7.589	0,38	226	0,11	3.060	0,07
Lübeck	7.130	0,35	169	0,08	0	0,00
Sylt-Westerland	6.185	0,31	150	0,07	0	0,00
Zweibrücken	3.240	0,16	206	0,10	32	0,00
Summe	**2.013.435**	**100,00**	**209.716**	**100,00**	**4.515.940**	**100,00**

Quelle: Eigene Darstellung; Daten: Statistisches Bundesamt 2015

25 Angaben von Lufthansa gegenüber der Monopolkommission.

240. In die zweite Kategorie fallen die fünf „großen“ Verkehrsflughäfen Düsseldorf, Berlin (Tegel), Hamburg, Stuttgart und Köln/Bonn, die zwischen ca. 9 Mio. und ca. 22 Mio. Passagiere pro Jahr zu verzeichnen haben. Mit der Fertigstellung des Flughafens Berlin-Brandenburg-International (BBI), der mit einer Kapazität von ca. 27 Mio. Passagieren pro Jahr die beiden Berliner Flughäfen Tegel und Schönefeld ersetzen soll, könnte ein weiterer Drehkreuz-Flughafen entstehen.

241. Die dritte Gruppe bilden die 20 weiteren Flughäfen, die ebenfalls internationale Flüge anbieten und auf denen zwischen ca. 0,1 und ca. 8 Mio. Passagiere pro Jahr abgefertigt werden. Innerhalb dieser Gruppe weisen die Flughäfen Berlin-Schönefeld mit ca. 7,3 Mio. und Hannover mit ca. 5,3 Mio. Passagieren ein relativ hohes Passagieraufkommen auf. Die weiteren Flughäfen dieser Kategorie spielen hinsichtlich ihres Anteils am Gesamtpassagieraufkommen eine eher untergeordnete Rolle.

242. Das Gesamtpassagieraufkommen lag 2014 bei rund 210 Millionen, was einer Steigerung von 2,8 Prozent gegenüber dem Vorjahr entspricht. Dabei haben sich die Passagierzahlen der einzelnen Flughäfen durchaus unterschiedlich entwickelt. 15 der 27 Flughäfen darunter die neun nach Passagierzahlen größten Flughäfen konnten ein positives Wachstum verzeichnen. Einen teilweise deutlichen Rückgang der Passagierzahlen mussten insbesondere kleine Flughäfen hinnehmen. Als Gründe hierfür werden Strategiewechsel der Fluggesellschaften Air Berlin und Ryanair genannt. Letztere fliegt zunehmend größere Flughäfen wie Hamburg statt kleinerer Alternativen wie Lübeck an.[26]

243. Mit knapp 84 Prozent entfällt der Großteil der Passagiere auf eine relativ kleine Anzahl von sieben Flughäfen. Auf den Frankfurter Flughafen alleine entfallen rund 59,6 Mio. Passagiere, was einem Anteil von 28,4 Prozent aller Passagiere in Deutschland entspricht. Es folgen München mit ca. 39,7 Mio. (ca. 18,9 Prozent), Düsseldorf mit ca. 21,8 Mio. (ca. 10,4 Prozent) Berlin-Tegel mit ca. 20,7 Mio. (ca. 9,9 Prozent), Hamburg mit ca. 14,8 Mio. (ca. 7,0 Prozent), Stuttgart mit ca. 9,7 Mio. (ca. 4,6 Prozent) und Köln/Bonn mit ca. 9,4 Mio. Passagieren (ca. 4,5 Prozent) im Jahr 2014.

244. Im Bereich des Lufttransports von Fracht und Post ergeben sich sogar noch stärkere Konzentrationstendenzen als beim Passagierverkehr. Auf den drei größten Fracht-Flughäfen Frankfurt, Leipzig/Halle und Köln/Bonn werden mehr als 84 Prozent des Frachtverkehrs in Deutschland im Jahr 2014 abgewickelt. Allein auf Frankfurt entfallen mehr als 2 Mio. Tonnen und damit knapp 48 Prozent des gesamten Frachtverkehrs. Es folgen Leipzig/Halle mit ca. 0,9 Mio. Tonnen (rund 20 Prozent) und Köln/Bonn mit ca. 0,7 Mio. Tonnen (knapp 17 Prozent). Die beiden letztgenannten Flughäfen profitieren dabei von einer Nachtflugerlaubnis. Während an den meisten deutschen Verkehrsflughäfen ein Nachtflugverbot herrscht, ist an den genannten Flughäfen ein unterbrechungsfreier Betrieb gesichert. Dies in Verbindung mit ausreichender Kapazität gilt als Grund dafür, dass das Logistikunternehmen DHL bei seinem Umzug von Brüssel im Jahre 2008 den Flughafen Leipzig/Halle als neuen Standort für sein Europa-Drehkreuz wählte.

245. In Tabelle I.3 werden die Besitzverhältnisse der zehn größten deutschen Verkehrsflughäfen dargestellt. Es zeigt sich, dass die öffentliche Hand in nicht unerheblichem Maße Beteiligungen an den meisten Flughäfen hält.

---

[26] Vgl. Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt (DLR), Luftverkehrsbericht 2014, S. 52 f.

Tabelle I.3: Gesellschafter der zehn größten deutschen Verkehrsflughäfen

Flughafen	Gesellschafter bzw. Aktionäre	Anteil in %
Berlin-Brandenburg	Land Berlin	37,0
	Land Brandenburg	37,0
	Bundesrepublik Deutschland	26,0
Dresden	Mitteldeutsche Flughafen AG[1]	94,0
	Freistaat Sachsen	4,8
	Landkreis Meißen	0,6
	Landkreis Bautzen	0,6
Düsseldorf	Airport Partners GmbH	50,0
	Landeshauptstadt Düsseldorf	50,0
Frankfurt	Streubesitz	35,31
	Land Hessen	31,35
	Stadt Frankfurt a.M.	20,02
	Deutsche Lufthansa AG	8,45
	RARE Infrastructure Limited	4,87
Hamburg	Freie und Hansestadt Hamburg	51,0
	AviAlliance GmbH	49,0
Hannover	Land Niedersachsen	35,0
	Stadt Hannover	35,0
	Fraport AG	30,0
Köln / Bonn	Stadt Köln	31,12
	Bundesrepublik Deutschland	30,94
	Land Nordrhein-Westfalen	30,94
	Stadt Bonn	6,06
	Rhein-Sieg-Kreis	0,59
	Rheinisch Bergischer Kreis	0,35
Leipzig	Mitteldeutsche Flughafen AG[1]	94,0
	Freistaat Sachsen	5,50
	Landkreis Nordsachsen	0,25
	Stadt Schkeuditz	0,25
München	Freistaat Bayern	51,0
	Bundesrepublik Deutschland	26,0
	Landeshauptstadt München	23,0
Stuttgart	Land Baden-Württemberg	65,0
	Stadt Stuttgart	35,0

[1] 77,29 % Freistaat Sachsen, 18,54 % Land Sachsen-Anhalt, 2,1 % Stadt Leipzig, 1,87 % Stadt Dresden, 0,2 % Stadt Halle (Saale)

Quelle: BDF (2015)

3 Regulierung der Entgelte an deutschen Flughäfen

246. Fluggesellschaften zahlen an Flughäfen Entgelte für die Nutzung von Einrichtungen und –dienstleistungen. Hierzu zählen z. B. Entgelte für das Starten und Landen, das Abstellen von Flugzeugen sowie die Abfertigung von Fluggästen und Fracht. Im Jahr 2015 beliefen sich die Summe der an deutschen Flughäfen gezahlten Entgelte auf ca. EUR 2,8 Mrd. [27] Im Folgenden soll zunächst das derzeitige Verfahren zur Genehmigung von Flughafenentgelte in Deutschland dargestellt werden, bevor mögliche Handlungsoptionen aufgezeigt werden.

3.1 Die derzeitige Genehmigungspraxis

247. Die Grundsätze für die Erhebung von Flughafenentgelten auf Flughäfen der Gemeinschaft werden durch die Richtlinie 2009/12/EG (FE-Richtlinie) festgelegt.[28] Die Europäische Kommission überprüft die Anwendung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten und hatte zuletzt in ihrer Mitteilung über eine Luftfahrtstrategie für Europa eine Überarbeitung der Richtlinie thematisiert. Die Richtlinie findet Anwendung bei Flughäfen der EU, die mehr als 5 Mio. Fluggastbewegungen aufweisen bzw. bei dem Flughafen mit den meisten Fluggastbewegungen in jedem Mitgliedstaat. Sie legt gemeinsame Grundsätze für die Erhebung von Flughafenentgelten fest. Hierzu gehören z. B. ein Verbot der Diskriminierung zwischen Flughafennutzern, die Durchführung eines Konsultationsverfahrens zwischen Flughafenleitung und -nutzern sowie Transparenzvorschriften und die Schaffung einer unabhängigen Aufsichtsbehörde. Unberührt bleibt die konkrete Ausgestaltung der Entgelte. Die Mitgliedstaaten werden keine konkreten Maßstäbe für die Entgeltbemessung und die Art ihrer Berechnung vorgegeben.

248. In Deutschland wurden die europäischen Vorgaben zur Genehmigung von Flughafenentgelten im § 19b Luftverkehrsgesetz (LuftVG) umgesetzt. Demnach veröffentlichen Flughafenbetreiber eine Entgeltordnung. Zuständig für die Genehmigung der Flughafenentgelte sind die jeweiligen Landesluftfahrtbehörden. Dabei handelt es sich um eine Bundesauftragsverwaltung i. S. d. Art. 85 GG im Rahmen der Luftverkehrsverwaltung gemäß Art. 87d Abs. 2 GG i. V. m. § 31 Abs. 2 Nr. 4 LuftVG. Die Genehmigung wird dann erteilt, wenn die Entgelte nach geeigneten, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien geregelt sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die zu entgeltenden Dienstleistungen und Infrastrukturen klar bestimmt sind und die Berechnung der Entgelte kostenbezogen erfolgt und im Voraus festgelegt ist. Mindestens einmal im Jahr wird eine Konsultation unter Beteiligung der Flughafennutzer bezüglich der Entgeltordnung durchgeführt.

249. Darüber hinaus gilt für die Genehmigung von Entgelten an Flughäfen mit mehr als fünf Millionen Fluggastbewegungen pro Jahr, dass zwischen der Höhe der Entgelte und der Höhe der voraussichtlichen tatsächlichen Kosten ein angemessenes Verhältnis bestehen soll (Kriterium der Angemessenheit). Zudem muss erkennbar sein, dass sich der Flughafenbetreiber an einer effizienten Leistungserstellung orientiert. Die Genehmigungsbehörde kann von der Prüfung der Entgeltordnung absehen, wenn eine schriftliche Einigung zwischen Flughafenbetreibern und-nutzern über die Entgeltordnung vorgelegt wird und kein Verstoß gegen das Beihilfenrecht vorliegt. Keine näheren Vorgaben werden hinsichtlich Entgeltgenehmigungsverfahrens und in Bezug auf den Entgeltmaßstab gemacht.

3.2 Kritik am Genehmigungsverfahren

250. Kritik an dem derzeitigen Genehmigungsverfahren wird insbesondere seitens der Fluggesellschaften geäußert. Diese bezieht sich auf die fehlende Unabhängigkeit der Genehmigungsbehörde, mangelnde Transparenz hinsichtlich der zu berücksichtigenden Kosten und unangemessene Kapitalverzinsungsansprüche der Flughäfen.

251. Gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 1 FE-Richtlinie müssen Mitgliedstaaten eine unabhängige Behörde mit der Aufsicht über die ordnungsgemäße Anwendung der Vorschriften der Richtlinie betrauen. Art. 11 Abs. 2 FE-Richtlinie ermöglicht es den nationalen Aufsichtsbehörden die Durchführung der Richtlinie an andere (ebenfalls) unabhängige Aufsichtsbehörden zu delegieren. Von dieser Möglichkeit wurde in Deutschland Gebrauch gemacht, indem die Genehmigung der

[27] Angabe des BDF gegenüber der Monopolkommission.

[28] Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte, ABl. EU L 70 vom 14. März 2009, S. 11.

Flughafenentgelte den Landesluftfahrtbehörden übertragen wurde. Dies kann aus regulatorischer Sicht problematisch sein.

252. Aufgrund der zahlreichen Beteiligungen von Bundesländern an Flughäfen befinden sich viele Bundesländer in einer Doppelrolle gegenüber „ihren" Flughäfen als Eigentümer und Genehmigungsbehörde. Zweifel an der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden können auch dadurch nicht beseitigt werden, dass die Flughafenbeteiligungen üblicherweise bei den Landesfinanzministerien verwaltet werden, während die Landesluftfahrtbehörden den jeweiligen Verkehrsministerin zugeordnet sind. Der Eindruck fehlender Unabhängigkeit wird dadurch verstärkt, dass in einer Reihe von Fällen Vertreter der Ministerien Aufsichtsratsmandate bei den Flughafengesellschaften besetzen. Hinzu kommt, dass die Bundesländer assoziierte Mitglieder des Flughafenverbandes Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen (ADV) sind und über entsprechende Mandatswahrnehmungen im Verwaltungsrat der ADV vertreten sind.

253. Ein weiterer Nachteil, der sich aus der dezentralen Organisation der Entgeltgenehmigung ergibt, ist die bundesweit uneinheitliche Durchführung der Genehmigungsverfahren, da jede Landesbehörde die gesetzlichen Vorgaben anders interpretieren kann. Dies hat zur Folge, dass etwa Konsultationen unterschiedlich durchgeführt oder Transparenzanforderungen anders erfüllt werden.

254. Vor diesem Hintergrund beanstanden Fluggesellschaften einen Mangel an Transparenz hinsichtlich der Kosten, die für eine Ermittlung der Flughafenentgelte zugrunde gelegt und im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durch die Aufsichtsbehörde überprüft werden. Beispielsweise wird kritisiert, dass die von den Flughäfen vorgelegten Informationen keine ausreichende Untergliederung der Gesamtkosten nach Kostenarten enthielten und Verteilungsschlüssel bei der Zuordnung von Gemeinkosten nicht angegeben würden. Es wird ferner bezweifelt, dass die derzeitige Detailtiefe der vorzulegenden Unterlagen ausreicht, um die Angemessenheit der Entgelte oder die Höhe der voraussichtlichen tatsächlichen Kosten nachvollziehen zu können.

255. Ein weiterer Streitpunkt betrifft die Frage, welche Flughafenbereiche bei der Ermittlung der Entgelte zu berücksichtigen sind. Die Flughäfen in Deutschland haben mehrheitlich einen sogenannten Dual-Till-Ansatz gewählt, bei dem die Kosten und Erlöse in einen „Aviation-" und einen „Non-Aviation-Bereich" unterteilt werden. Flughafenentgelte werden dann auf Basis der Kosten und Erlöse des Aviation-Bereichs berechnet. Fluggesellschaften kritisieren, dass dieser Ansatz geeignet ist, Flughafenentgelte höher ausfallen zu lassen, da im Zweifelsfall Kosten dem Aviation-Bereich und Erlöse dem Non-Aviation-Bereich zugeordnet werden könnten. Fluggesellschaften würden hingegen einen Single-Till-Ansatz bevorzugen, bei dem alle Erlöse und alle Kosten bei der Entgeltermittlung berücksichtigt werden. Nicht zuletzt weil einheitliche Definitionen und Abgrenzungen zwischen Aviation und Non-Aviation fehlen, liegt es weitgehend im Ermessen des Flughafenbetreibers, welche Tätigkeiten er den einzelnen Bereichen zuordnet. Zudem werden Informationen zur Zuordnung von Kosten und Erlösen oftmals nur in aggregierter Form veröffentlicht, was zu fehlender Transparenz führt.[29]

3.3 Handlungsempfehlung

3.3.1 Übertragung der Entgeltgenehmigung an eine zentrale Aufsichtsbehörde

256. In Anbetracht der vorangegangenen Ausführungen wäre es aus Sicht der Monopolkommission vorzugswürdig, eine Bundesbehörde nach Art der Bundesnetzagentur mit der Aufsicht über die Entgeltgenehmigungsverfahren zu betrauen. Dies wäre mit einer Beendigung der Bundesauftragsverwaltung in diesem Bereich verbunden, an deren Stelle eine bundeseigene Verwaltung treten würde.

257. Neben dem Aspekt der Unabhängigkeit hätte ein solcher Ansatz eine Reihe weiterer Vorteile.[30] Zum einen befinden sich zahlreiche Bundesländer aufgrund der Beteiligungen an Flughäfen in einer Doppelrolle als Eigentümer und

[29] Vgl. Zenglein, M. J./Müller, J., Non-Aviation Revenue in the Airport Business – Evaluating Performance Measurement for a Changing Value Proposition, GAP Working Paper, Dezember 2007.

[30] Vgl. zu diesem Vorschlag Beckers, T./Klatt, J. P./Kühling, J., Entgeltregulierung der deutschen Flughäfen, Studie vom 1. März 2010, S. 89 f.

Regulierungsbehörde. Ein Interessenskonflikt liegt dabei nahe. Hier würde eine unabhängige nationale Behörde helfen, möglicherweise auftretende Interessenskonflikte zu vermeiden. Zum anderen würden durch eine zentrale Regulierung auf Bundesebene Skaleneffekte mit Blick auf die Erfahrung der Regulierungsbehörde und eine insgesamt konsistentere Regulierung in Deutschland erzielt werden. Auch erscheint es wahrscheinlich, dass bei einer zentralen Organisation mögliche Deregulierungspotenziale eher genutzt würden.

258. Das teilweise vorgebrachte Argument, eine zentrale Behörde sei „zu weit weg“ und könne die lokalen Besonderheiten einzelner Flughäfen nicht ausreichend beurteilen, kann hingegen nicht überzeugen. Tatsächlich gehört die Berücksichtigung regionaler und lokaler Besonderheiten zum üblichen Umfang von Regulierungsentscheidungen bei der Regulierungsentscheidungen in anderen Bereichen wie etwa dem Telekommunikationssektor.

3.3.2 Abgestuftes Regulierungsverfahren

259. Die Übertragung der Entgeltgenehmigung an eine zentrale Aufsichtsbehörde würde es zudem erleichtern, die Regulierungsintensität an die tatsächlichen Marktverhältnisse anzupassen. Dazu bietet es sich an, wie etwa im Telekommunikationssektor üblich, ein abgestuftes Regulierungsverfahren anzuwenden.[31] Dazu könnte in einem ersten Schritt die Regulierungsbedürftigkeit einzelner Flughäfen anhand einer Marktmachtanalyse ermittelt werden.[32] In einem zweiten Schritt wären geeignete Regulierungsinstrumente zu wählen.

260. Ziel einer Regulierung sollte es sein, einem möglichen Marktversagen entgegenzuwirken, um so die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt zu steigern. Dabei gilt es die Kosten regulatorischer Maßnahmen zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass diese den Nutzen der Regulierung nicht übersteigen. Darüber hinaus können im Rahmen der Entgeltregulierung auch umweltpolitische Ziele verfolgt werden. Ein Beispiel hierfür sind eine an deutschen Flughafen bereits übliche lärmbezogene Komponente bei den Start- und Landeentgelten.

261. Nicht Bestandteil möglicher Regulierungsziele sollten jedoch konkrete Vorgaben mit Blick auf die Höhe regulierter Entgelte sein. Zwar ist davon auszugehen, dass Entgelte in regulierten Bereichen typischerweise niedriger ausfallen als dies ohne Regulierung der Fall wäre, dennoch sollte die Festlegung der Entgelthöhe im Ermessen der Regulierungsbehörde liegen, die ihre Entscheidung unabhängig und unter Berücksichtigung der Regulierungsziele trifft. Von konkreten politischen Vorgaben zur Entgelthöhe ist daher abzuraten.[33]

3.3.2.1 Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit

262. Die Feststellung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit eines Flughafens sollte anhand einer Marktanalyse ermittelt werden. Ein regulatorisches Eingreifen kann etwa dann gerechtfertigt sein, wenn ein Flughafen über Marktmacht verfügt und in der Lage ist, diese auszunutzen. Unter Marktmacht wird üblicherweise die Möglichkeit eines Unternehmens verstanden, Preise, Mengen und Qualität von Produkten unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu bestimmen.[34] Bezogen auf Flughäfen kann dies z. B. bedeuten, dass ein marktmächtiger Flughafen in der Lage ist, Preise oberhalb von wettbewerblichen Preisen zu verlangen. Als weitere Bedingung für ein regulatorisches Eingreifen sollte gelten, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken.

---

[31] Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Sondergutachten 66, Baden-Baden 2014.

[32] Vgl. hierzu auch Bilotkach, V./Polk, A., The Assessment of Market Power of Airports, März 2012, http://ssrn.com/abstract=2016126, Abruf am 4. Juli 2016.

[33] Vgl. Thießen, F./Gramlich, L., Flughafenentgelte – Situation, Probleme, Änderungsvorschläge, Studie des Arbeitskreises Luftverkehr der Technischen Universität Chemnitz im Auftrag der Fraktion von Bündnis 90/die Grünen im Brandenburger Landtag, Potsdam, März 2016.

[34] Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 10; im deutschen Recht auch § 18 Abs. 1, 3 GWB.

263. Ob ein Flughafen über Marktmacht verfügt, hängt in der Regel von einer Reihe verschiedener Faktoren ab. Diese können Marktmacht fördern oder begrenzen und variieren in ihrer Ausprägung von Flughafen zu Flughafen. Dies macht es zwingend notwendig, die Marktmacht eines Flughafens im Einzelfall zu analysieren.

264. In einem Teil der ökonomischen Literatur wird diskutiert, ob es sich bei Flughäfen um natürliche Monopole handelt. Natürliche Monopole liegen dann vor, wenn Anbieter von subadditiven Kostenverläufen profitieren und in der Folge die Gesamtnachfrage am kostengünstigsten durch einen einzigen Anbieter bedient werden kann. Häufig ist dies in Industrien mit hohen Fixkosten der Fall. Ob dies auch auf Flughäfen zutrifft, wurde in einer Reihe empirischer Studien untersucht. Dabei ist man der Frage nachgegangen, wann die Größenvorteile eines Flughafens ausgeschöpft sind. Die Ergebnisse der empirischen Studien unterscheiden sich zum Teil deutlich. Während einige Untersuchungen ergeben haben, dass Größenvorteile schon im Bereich von drei bis fünf Mio. Verkehrseinheiten[35] erschöpft sind, gehen andere Studien davon aus, dass dies auch bei 90 Mio. Verkehrseinheiten noch nicht der Fall ist.[36]

265. Darüber hinaus kann die Marktmacht eines Flughafens dadurch begrenzt werden, dass seine Kunden, d. h. Fluggesellschaften und mittelbar auch Passagiere, die Möglichkeit haben, auf andere Angebote auszuweichen. Mögliche Substitute können andere Flughäfen (intramodaler Wettbewerb) und andere Verkehrsträger (intermodaler Wettbewerb) sein.

266. Intramodaler Wettbewerb kann z. B. dann vorliegen, wenn sich die Einzugsgebiete mehrerer Flughäfen überlappen und dieselben Reiseziele angeboten werden. Die Größe des jeweiligen Einzugsgebietes hängt nicht unwesentlich von den zu erwartenden An- und Abreisezeiten der Passagiere ab. Eine gute Verkehrsanbindung eines Flughafens kann das Einzugsgebiet vergrößern und damit auch die Wettbewerbsposition eines Flughafens stärken. In diesem Zusammenhang spielt auch die Struktur des Einzugsgebiets eine Rolle. Beispielsweise sind Geschäftsreisende aufgrund einer geringeren Preiselastizität eher bereit höhere Preise zu zahlen als z. B. Privatreisende, die stärker auf Preisunterschiede reagieren und gegebenenfalls längere Anreisen in Kauf nehmen.

267. Intermodaler Wettbewerb dürfte insbesondere bei mittleren Reisestrecken von ca. 200 bis 500 km eine wichtige Rolle spielen. Auf diesen Entfernungen stellen der Straßen- und Bahnverkehr aus Sicht der Reisenden eine Alternative zum Flugverkehr dar. Bei kürzeren Distanzen hat der Flugverkehr einen zu hohen Zeitkostennachteil. Auf längeren Strecken gilt dies umgekehrt für andere Verkehrsträger, sodass intermodaler Wettbewerb außerhalb des genannten Intervalls eine untergeordnete Rolle spielt.

268. In bestimmten Fällen kann die Nachfragemacht einzelner Fluggesellschaften die Marktmacht von Flughäfen begrenzen. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn Fluggesellschaften glaubhaft mit einem Wechsel des Standortes drohen können. Dies hängt wiederum von der Verfügbarkeit geeigneter Alternativen und der Höhe möglicher Wechselkosten ab. Bei Netzwerk Carriern dürfte der Wechsel des Drehkreuzes aufgrund hoher Investitionen nicht ohne Weiteres möglich sein. Zudem müsste es einen alternativen Flughafen mit ausreichend Kapazitäten geben. Im Vergleich dazu dürften Low Cost Carrier aufgrund ihres flexibleren Geschäftsmodells eher in der Lage sein, einen Standort zu wechseln.

269. Neben dem tatsächlichen Wettbewerb durch andere Flughäfen und Verkehrsträger spielt auch der potenzielle Wettbewerb eine wichtige Rolle. Potenzielle Markteintritte neuer Flughäfen oder Möglichkeiten zu Kapazitätserweiterungen bestehender Wettbewerber können eine disziplinierende Wirkung auf Flughäfen mit Marktmacht haben. Ob es einen potenziellen Wettbewerb gibt, hängt also unter anderem davon ab, ob Markteintritte möglich sind. Im Bereich der Flughäfen werden Markteintritte durch mindestens zwei Faktoren erheblich erschwert. Zum einen ist ein Großteil der Infrastrukturkosten eines Flughafens irreversibel. Diese sogenannten versunkenen Kosten liegen vor, weil einmal getätigte Investitionen etwa in Landebahnen und Terminals nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Das Risiko hoher Verluste im Falle eines Marktaustritts erschwert somit Markteintritte. Zum anderen werden Markteintritte durch langwierige Planungsphasen und öffentlichen Widerstand erschwert.

---

[35] Eine Verkehrseinheit entspricht einem Passagier oder 100 kg Fracht.

[36] Für einen Überblick über die Literatur zu Skalen- und Verbundvorteilen bei Flughäfen siehe Lechmann, M./Niemeier, H.-M., Economies of Scale and Scope of Airports – A Critical Survey, Journal of Air Transport Studies 4 (2), 2013, S. 1-25.

270. Ein weiterer Faktor, der die Marktmacht von Flughäfen gegenüber seinen Nutzern einschränkt, ist die wachsende Bedeutung des Non-Aviation-Bereichs bei der Erzielung von Umsätzen. Wie bereits erläutert erzielen Flughäfen mit bis zu 50 Prozent einen Großteil ihrer Umsätze im Non-Aviation-Bereich.[37] Umsatzsteigerungen aus einer Erhöhung der Flughafenentgelte könnten durch einen Rückgang der Passagierzahlen verloren gehen. Dieser Zusammenhang macht es weniger wahrscheinlich, dass Flughäfen zu hohe Entgelte von Fluggesellschaften verlangen.[38]

271. Im Vergleich zu einigen anderen Ländern wie Großbritannien und Australien wurde die tatsächliche Wettbewerbssituation deutscher Flughäfen bisher eher wenig untersucht.[39] Malina (2010) hat untersucht, in wie weit einzelne Flughäfen aus Sicht der Fluggesellschaften durch andere Flughäfen austauschbar sind. Da andere Marktmacht beeinflussende Faktoren jedoch unberücksichtigt blieben, konnten so nur Flughäfen identifiziert werden, die bereits durch den intramodalen Wettbewerb ausreichend diszipliniert werden und somit keiner regulatorischen Aufsicht bedürfen. Dies ist nach Ansicht des Autors bei rund der Hälfte der 35 betrachteten Verkehrsflughäfen der Fall. Hierbei handelte es sich in erster Linie um kleinere regionale Flughäfen wie Altenburg-Nobitz, Lübeck und Niederrhein. Mit Düsseldorf gehörte allerdings auch einer der größten deutschen Flughäfen in diese Kategorie.[40]

272. Maertens (2012) hat die 50 größten europäischen Flughäfen betrachtet, zu denen mit Frankfurt, München, Düsseldorf, Berlin-Tegel, Hamburg, Köln/Bonn, Stuttgart und Berlin-Schönefeld auch acht deutsche Flughäfen gehören. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass die Flughäfen Frankfurt, München und Stuttgart hohe Marktmacht sowohl gegenüber Fluggesellschaften wie auch gegenüber Passagieren haben. Die Flughäfen Düsseldorf, Berlin-Tegel und Hamburg verfügen zumindest gegenüber den Passagieren über ein hohes Maß an Marktmacht und eher moderate Marktmacht gegenüber Fluggesellschaften. Die beiden Flughäfen Köln/Bonn und Berlin-Schönefeld scheinen keine nennenswerte Marktmacht gegenüber einer der beiden Nutzergruppen zu haben. Die Studie hat zudem aufgezeigt, dass die Marktmacht von Flughäfen nicht (alleine) von der Passagierzahl abgeleitet werden kann. Beispielsweise habe der größte europäische Flughafen, London-Heathrow, eine nur moderate Marktmacht sowohl gegenüber Passagieren wie auch gegenüber Fluggesellschaften, während deutlich kleinere Flughäfen wie Las Palmas und Faro über sehr hohe Marktmacht in beiden Kategorien verfügten.[41]

273. Die Diskussion der Marktmacht beeinflussenden Faktoren hat gezeigt, dass die Marktmacht von Flughäfen einzelfallbezogen zu ermitteln ist. Die Ableitung einer möglichen Regulierungsbedürftigkeit eines Flughafens anhand eines einzigen Kriteriums wie der Passagierzahlen ist nicht ausreichend. Tendenziell dürften eher große (Hub-) Flughäfen als kleinere Regionalflughäfen über Marktmacht verfügen. Doch auch bei relativ großen Flughäfen können Faktoren vorliefen, die die Markmacht des Flughafen ausreichend disziplinieren, sodass von einer (strengen) Regulierung abgesehen werden kann. In jedem Fall sind Regulierungsentscheidungen in regelmäßigen Abständen zu prüfen, um sicher zu stellen, dass die Regulierungsintensität den Marktgegebenheiten angemessen ist.

3.3.2.2 Festlegung der Regulierungsintensität

274. Im Anschluss an eine Analyse der Marktmacht einzelner Flughäfen könnten die als grundsätzlich regulierungsbedürftig eingeordneten Flughäfen entsprechend dem Grad ihrer Marktmacht in unterschiedlicher Intensität reguliert werden. Ähnlich wie z. B. im Telekommunikationsbereich könnte der Gesetzgeber Vorgaben hinsichtlich der Regulierungsziele und möglicher Regulierungsinstrumente machen. Die Wahl des jeweils am besten geeigneten Regulierungsinstruments stünde im Ermessen der Regulierungsbehörde.

---

[37] Vgl. Graham, A., (2009), How important are commercial revenues to today's airports?, Journal of Air Transport Management 15 (3), S. 106-111.

[38] Starkie, D., Airport Regulation and Competition, Journal of Transport Management (8), 2002, S. 63-72.

[39] Vgl. Müller, J./Niemeier, H.-M., Reform der ökonomischen Regulierung von Flughäfen in Deutschland, Frankreich und Österreich – Eine Bestandsaufnahme, GAP Working Paper, 2012.

[40] Vgl. Malina, R., Competition in the German Airport Market – an Empirical Investigation, in: Forsyth, P. et al. (Hrsg.), Airport Competition. The European Experience. Ashgate, Farnham 2010, S. 239-260.

[41] Vgl. Maertens, S., Estimating the Market Power of Airports in their Catchment Areas – a Europe-wide Approach, Journal of Transport Geography (22), 2012, S. 10-18.

275. Denkbar wäre es, große Flughäfen mit hoher Marktmacht einer Ex-ante-Regulierung zu unterwerfen. Bei der Ex-ante Regulierung werden Unternehmen verpflichtet, Preise vorab von der Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen. Dadurch gelingt es in der Praxis erfahrungsgemäß besser, möglicherweise wettbewerbswidrige Preise zu verhindern. Zu den Nachteilen einer Ex-ante-Regulierung gehört, dass sie im Vergleich zu einer Ex-post-Regulierung relativ aufwendig ist. Da bei der Wahl des Regulierungsinstruments immer auch Regulierungsaufwand und -nutzen abzuwägen sind, dürfte eine Ex-ante-Regulierung insbesondere bei größeren Flughäfen in Frage kommen.

276. Bei Flughäfen mit geringerer Marktmacht könnte eine weniger strenge Form der Regulierung angemessen sein. Denkbar wäre eine korporatistische Form der Regulierung, bei der die Flughafennutzer eine stärkere Rolle übernehmen als bislang. Dabei wird die Verhandlung der Entgelte zunächst den Marktteilnehmern überlassen. Die Regulierungsbehörde übernimmt die Entgeltermittlung, falls es nicht zu einer Einigung zwischen den Verhandlungspartnern kommen sollte. Eine solche Form der weniger strengen Regulierung bietet sich an, wenn es eine relativ ausgeglichene Verhandlungsposition zwischen den beteiligten Seiten gibt.

277. Zu den Vorteilen eines solchen abgestuften Regulierungsverfahrens gehört, dass die Regulierungsintensität an die jeweilige Größe oder Marktmacht eines Flughafens angepasst werde kann. Auf diese Weise kann das Risiko einer ineffizienten Regulierung reduziert werden, die andernfalls auftreten kann, wenn zu hohe oder zu niedrige Regulierungsintensitäten angewendet werden. Zu den Nachteilen eines differenzierten Verfahrens zählt, dass der Regulierungsaufwand steigt und mögliche Standardisierungsvorteile eines einheitlichen, nicht differenzierten Regulierungsverfahrens verloren gehen.

3.3.2.3 Wahl des Entgeltmaßstabes und Regulierungsumfangs

278. Zudem muss die Regulierungsbehörde über einen geeigneten Regulierungsmaßstab entscheiden, den sie bei der Bewertung bzw. Ermittlung von Entgelten zugrunde legt. Diese lassen sich grob in kosten- und anreizorientierte Verfahren unterteilen.[42] Zudem gilt es zu bestimmen, welche Kosten und Erlöse bei der Entgeltermittlung berücksichtigt werden sollen. Dabei werden der Single- und Dual-Till-Ansatz unterschieden. In der Regulierungspraxis werden häufig Mischformen verwendet.

279. Historisch bedingt werden die meisten Flughäfen entsprechend den Empfehlungen der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO von englisch International Civil Aviation Organization) auf Basis eines kostenorientierten Ansatzes reguliert.[43] Dabei wurden typischerweise auf einen Single-Till-Ansatz zurückgegriffen, bei dem alle am Flughafen anfallende Kosten und Erlöse (Aviation und Non-Aviation) berücksichtigt werden. Zunehmend wird jedoch ein Dual-Till Ansatz verwendet, bei dem versucht wird, Flughafenentgelte auf Basis der Kosten und Erlöse des Aviation-Bereichs zu bestimmen.

280. Als Beispiele für kostenorientierte Regulierungsmethoden sind mit Blick auf die Regulierung von Flughäfen insbesondere die Rentabilitäts- und Kostenzuschlagsregulierung zu nennen. Bei der Rentabilitätsregulierung (auch: Rate-of-Return-Regulierung) handelt es sich um eine Form der kostenorientierten Regulierung, bei der dem regulierten Unternehmen eine feste Kapitalrentabilität vorgegeben wird, die es ihm erlaubt, eine festgelegte Rendite zu erzielen. Ein Nachteil dieses Verfahrens ist, das dem Unternehmen Anreize fehlen, Kapitalkosten zu minimieren, was zu ineffizienten Investitionen führen kann, wenn die zugestandene Rentabilität über den tatsächlichen Kapitalkosten des Unternehmens liegt.

---

[42] Vgl. Müller, C./Growitsch, C./Wissner, M., Regulierung und Investitionsanreize in der ökonomischen Theorie, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 349, WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH, Bad Honnef, Dezember 2010.

[43] Vgl. International Civil Aviation Organization, ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services, Ninth Edition, 2012.

281. An den meisten deutschen Flughäfen werden Entgelte nach der Kostenzuschlagsmethode (auch: Cost-Plus-Regulierung) bestimmt. Dabei wird dem regulierten Unternehmen ein Aufschlag auf dessen tatsächlichen Produktionskosten gestattet. Bei dieser Form der Regulierung können dem Unternehmen Anreize fehlen, zu möglichst niedrigen Kosten zu produzieren, wodurch es zu einer Verschwendung von Ressourcen kommt (sogenanntes gold plating).[44]

282. Den kostenbasierten Ansätzen stehen anreizorientierte Verfahren wie die Preisobergrenzenregulierung (auch: Price-Cap-Regulierung) gegenüber. Dabei legt die Regulierungsbehörde ausgehend von den Kosten des Unternehmens für eine bestimmte Periode eine Obergrenze für Preise sowie eine Preispfad fest, der die Entwicklung der Preisobergrenze angibt. Während dieser Regulierungsperiode dürfen Preise nicht stärker steigen als die Inflationsrate abzüglich der prognostizierten Produktivitätssteigerung des Unternehmens und der Branche allgemein.[45]

283. Die anreizorientierte Preisobergrenzen-Regulierung von Flughäfen wurde zuerst im Vereinigten Königreich im Jahr 1986 und schließlich auch in anderen europäischen Ländern an vereinzelten Flughäfen eingeführt. Dabei handelt es sich in der Regel nicht um reine Preisobergrenzenregulierungen, sondern um Mischformen mit Elementen einer kostenorientierten Regulierung. In Deutschland wurde am Hamburger Flughafen eine Preisobergrenzenregulierung in Verbindung mit einem Dual-Till-Ansatz verwendet. Auch an anderen deutschen Flughäfen wurde der Single-Till-Ansatz zunehmend durch den Dual-Till Ansatz ersetzt, ohne dass die Regulierungsbehörden jedoch über sinnvolle Prüfungsgrundlage zur Abgrenzung der Kosten verfügen.[46]

284. Eine Variante der Preisobergrenzenregulierung ist die Erlösobergrenzenregulierung (auch: Revenue-Cap-Regulierung).[47] Das Ziel dieser Variante der Anreizregulierung ist Realisierung von Effizienzsteigerungen. Nach Prüfung der Kosten wird durch die Regulierungsbehörde eine Erlösobergrenze festgelegt, die während der Regulierungsperiode konstant bleibt.[48]

285. Aus Sicht der Monopolkommission sollte bei der (ex-ante) Regulierung von Flughafenentgelten verstärkt auf eine Anreizregulierung zurückgegriffen werden. Diese ist besser als kostenorientierte Verfahren geeignet, Anreize für effizientes Wirtschaften zu setzen, indem die Verbindung von Kosten und Erlösen (bzw. Preisen) zumindest phasenweise aufgelöst wird. Anreize zu einem kosteneffizienten Wirtschaften werden den Flughafenbetreibern dadurch gesetzt, dass mögliche Gewinne aus Kostensenkungen einbehalten werden dürfen.

286. Zu den Nachteilen einer solchen Regulierung gehört, dass möglicherweise Anreize geschaffen werden, Kosten steigernde Investitionen hinauszuzögern. Nach Meinung der Monopolkommission kann dieser Nachteil in Kauf genommen werden. In der Praxis scheint das Ausbleiben von ökonomisch effizienten Investitionen in Flughafenkapazitäten häufiger auf langwierige politische Entscheidungsprozesse und Planfeststellungsverfahren als auf strategische Entscheidungen von Flughäfen zurückzugehen. Allerdings kann es notwendig sein, die Anreizregulierung um eine zusätzliche Qualitätsregulierung zu erweitern, da seitens der Flughäfen Anreize bestehen können, Kosten zulasten der Qualität zu senken.

287. Grundsätzlich kann eine Anreizregulierung sowohl mit einem Single- wie auch einem Dual-Till-Ansatz verwendet werden. Regulierungsbehörden im Vereinigten Königreich verwenden einen Single-Till-Ansatz, während im Fall des

---

[44] Bei einem weiteren kostenorientierten Ansatz, der vor allem bei der Regulierung von Telekommunikations- aber auch von Energienetzen sowie im Postwesen Anwendung findet, werden die – zukunftsorientierten – Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für ein Beispielnetz berücksichtigt.

[45] Vgl. zur Anwendung der Price-Cap-Regulierung bei Flughäfen ausführlich Albrecht, L., Wissenschaftliche Analyse der Entgeltregulierung deutscher Verkehrsflughäfen, in: Klumpp, M. (Hrsg.), Dienstleistungsmanagement in Theorie und Praxis, Band 12, Berlin 2014.

[46] Vgl. Forsyth, P./Müller, J./Niemeier, H.-M., Incentive Regulation of Airports – An Economic Assessment, Paper presented at the 5th Annual Conference on Competition and Regulation in Network Industries (CRNI), Brüssel 2012.

[47] Vgl. zu den Vor- und Nachteilen einer Erlösobergrenzenregulierung Monopolkommission, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, Sondergutachten 71, Baden Baden 2015, Tz. 526 ff.

[48] Vgl. Müller, J./Niemeier, H.-M., Incentive Regulation of Airports – An Economic Assessment, a. a. O., S. 17.

Hamburger Flughafens auf einen Dual-Till-Ansatz zurückgegriffen wurde. Auch in Belgien und Frankreich wird bei der Anreizregulierung verstärkt auf Dual-Till-Ansätze zurückgegriffen.[49]

4 Vergabe von Flughafen-Slots reformieren

288. Zeitnischen zum Starten und Landen von Flugzeugen, sogenannte Slots, sind besonders auf stark nachgefragten Flughäfen eine knappe Ressource. Tatsächlich übersteigt auf zahlreichen europäischen Flughäfen die Nachfrage nach Slots die vorhandenen Kapazitäten.[50] In Anbetracht steigender Nachfrage nach Flügen wird die Überlastung stark frequentierter Flughäfen in Zukunft weiter zunehmen. Es ist daher von hoher Bedeutung, die vorhandenen Kapazitäten möglichst effizient zu nutzen.

289. Nach dem derzeitigen System in der Europäischen Union zahlen Fluggesellschaften ein Entgelt für das Starten und Landen auf Flughäfen.[51] Diese Start- und Landeentgelte variieren beispielsweise mit dem Gewicht und der Lautstärke der Flugzeuge und sollen dazu dienen, die Betriebskosten des Flughafens zu decken. Die Höhe der Entgelte ist jedoch unabhängig von der Nachfrage nach Starts und Landungen an einem Flughafen. Damit sind sie nicht geeignet, für eine effiziente Verteilung von Slots an stark frequentierten Flughäfen zu sorgen.

290. Im Vergleich mit anderen Netzsektoren fällt auf, dass den Flughäfen, als eigentliche Produzenten von Slots, anders als etwa der Deutsche Bahn oder der Deutsche Telekom keine Eigentumsrechte an den Nutzungsrechten der Infrastruktur zugestanden werden. Damit können Flughäfen Nutzungsrechte nicht an Nachfrager verkaufen. Stattdessen werden Slots an großen Flughäfen durch einen Flughafenkoordinator an die Fluggesellschaften vergeben.

291. Im Folgenden sollen zunächst das derzeitige System zur Verteilung von Slots in Europa dargestellt werden. Anschließend werden Möglichkeiten zur Nutzung marktbasierter Mechanismen bei der Vergabe von Slots diskutiert.

4.1 Unterschiedliche Systeme zur Vergabe von Slots

4.1.1 Slot-Allokation in der EU

292. In Europa wird die Zuweisung und Nutzung von Slots durch die Verordnung (EWG) Nr 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 (auch: „Zeitnischenverordnung“) geregelt. Die Verordnung geht im Wesentlichen auf die Vorgaben der International Air Transport Association (IATA)[52] zurück und wurde 2004 und zuletzt 2009 geändert. Das Ziel der Verordnung ist es, die effiziente Nutzung der verfügbaren Zeitnischen für Starts und Landungen auf Flughäfen mit Kapazitätsengpässen sowie die neutrale, diskriminierungsfreie und transparente Verteilung der Zeitnischen zu gewährleisten.

293. Je nach Auslastung können Flughäfen von Mitgliedstaaten als „flugplanvermittelt“ oder „koordiniert“ klassifiziert werden. Flugplanvermittelte Flughäfen weisen nur zu bestimmten Tages- oder Jahreszeiten Überlastungen auf. Im Gegensatz dazu werden Flughäfen als „koordiniert“ erklärt, wenn dauerhaft Kapazitätsengpässe bestehen, die kurzfristig nicht gelöst werden können. Vom jeweiligen Mitgliedstaat wird eine natürliche oder juristische Person zum Flughafenkoordinator bzw. Flugplanvermittler ernannt. Dieser soll für eine neutrale, nicht diskriminierende und transparente Zuteilung der Zeitnischen sorgen.

---

[49] Vgl. Forsyth, P./Müller, J./Niemeier, H.-M., Incentive Regulation of Airports – An Economic Assessment, Paper presented at the 5th Annual Conference on Competition and Regulation in Network Industries (CRNI), a. a. O., S. 7.

[50] In Europa ist dies ganztägig oder fast ganztägig in London-Heathrow, London-Gatwick, Paris-Orly, Mailand-Linate sowie Frankfurt und Düsseldorf der Fall. Zu Spitzenverkehrszeiten übersteigt die Nachfrage die Kapazitäten zudem in Amsterdam-Schipol, Madrid-Barajas, München, Paris-Charles de Gaulle, Rom Fiumicino und Wien; vgl. EU-Kommission, Arbeitsdokument der Kommissionsstellen, Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen der Europäischen Kommission (Neufassung), SEK(2011) 1443 endgültig, S. 8.

[51] Vgl. zum Thema Flughafenentgelte auch Abschnitt 3 in diesem Kapitel.

[52] Vgl. IATA, Worldwide Slot Guidelines, 7th Edition, Montreal, 2015.

294. Die Vergabe der Zeitnischen erfolgt für Sommer- und Winterflugplanperioden. Ein Luftfahrtunternehmen, das zugewiesene Zeitnischen zu mindestens 80 Prozent genutzt hat, erhält ein Anrecht auf dieselben Zeitnischen in der darauf folgenden Flugplanperiode („Großvaterrechte“ oder „80-20-Regel“). Andernfalls gehen die ungenutzten Zeitnischen zusammen mit anderen neu geschaffenen Zeitnischen in einen sogenannten Zeitnischenpool ein („Use-it-or-lose-it-Regel) und werden anschließend neu verteilt. 50 Prozent der Zeitnischen gehen dabei an Neubewerber. Bei gleichrangigen Nachfragern erfolgt die Zuteilung nach einem Vergleich der angebotenen Verkehrsleistung in Bezug auf eine bestmögliche Kapazitätsauslastung der Flughäfen. Dabei werden Aspekte wie etwa das eingesetzte Fluggerät und die Servicequalität berücksichtigt. Zeitnischen können nur unter bestimmten Bedingungen (etwa bei vollständiger oder teilweiser Übernahme) und nach Bestätigung durch den Flughafenkoordinator zwischen Luftfahrtunternehmen getauscht oder übertragen werden.[53]

295. Die Verordnung sieht vor, dass von den Mitgliedstaaten eine natürliche oder juristische Person zum Flughafenkoordinator ernannt wird. Diese Vorgabe wurde von den Mitgliedstaaten teilweise sehr unterschiedlich umgesetzt. In der Mehrzahl der Staaten übernehmen nicht gewinnorientierte Organisationen die Koordination der Flughäfen. Beispielsweise sind dies die ACL im Vereinigten Königreich und die SACN in den Niederlanden. In Deutschland erfolgt die Slot-Vergabe durch den Flughafenkoordinator der Bundesrepublik Deutschland. Dieser ist für die Allokation von mehr als 2,1 Mio. Slots in an 16 deutschen Flughäfen zuständig. Seit dem Jahr 2013 teilen sich Fluggesellschaften und Flughäfen die jährlichen Kosten der Flughafenkoordination. Zuvor wurde die Flughafenkoordination ausschließlich von Fluggesellschaften finanziert.[54]

296. Die Verordnung der EU geht im Wesentlichen auf Empfehlungen der IATA zur Slot-Vergabe zurück. Die IATA hat im August 2015 die inzwischen siebte Version der sogenannten Worldwide Slot Guidelines (WSG) veröffentlicht. Innerhalb der IATA ist die Joint Slot Advisory Group (JSAG) für die WSG zuständig. Die JSAG besteht zu gleichen Teilen aus Vertretern der Fluggesellschaften und der Flughafenkoordinatoren und trifft sich zweimal im Jahr, um Änderungen an dem Regelwerk zu diskutieren und zu beschließen. Darüber hinaus findet ein Austausch der nationalen Flughafenkoordinatoren auf europäischer Ebene in der European Airport Coordination Association (EUACA) und auf weltweiter Ebene in der Worldwide Airport Coordinators Group (WWACG) statt.[55]

297. Im Jahr 2011 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag zur Überarbeitung der Verordnung gemacht. Demnach soll unter anderem die Verwendung der Slots optimiert werden, indem Fluggesellschaften das Recht erhalten, diese zu handeln. Es soll mehr Transparenz darüber geschaffen werden, welche Fluggesellschaft Slots besitzt. Zudem wird vorgeschlagen, die Verwendung der Slots stärker zu reglementieren, um sicherzustellen, dass diese tatsächlich verwendet werden.[56] Der Vorschlag befindet sich noch immer im politischen Abstimmungsprozess zwischen Kommission, Parlament und Rat.

298. Als Ziele des Vorschlags nannte die Europäische Kommission i) die Stärkung der Verfahren für die Zuweisung und Nutzung von Zeitnischen und die Gewährleistung ihrer wirksamen Anwendung und ii) die Förderung eines fairen Wettbewerbs sowie der Wettbewerbsfähigkeit der Luftfahrtunternehmen.

Im Wesentlichen sah der Vorschlag der Europäischen Kommission vor, dass:

- die Slot-Mobilität verbessert wird, indem der entgeltliche Erwerb und Verkauf von Slots erlaubt wird;
- die primäre Slot-Vergabe durch mehr Transparenz optimiert wird;
- strengere Kriterien hinsichtlich der Unabhängigkeit der Flughafenkoordinatoren festgelegt werden;

---

[53] Vgl. hierzu auch die Leitlinie zur Vergabe von Slots an koordinierten Flughäfen in Deutschland vom 14. April 2011, http://www.fhkd-speicher.org/regulation-guidelines/, Abruf am 14. Juli 2016.

[54] Vgl. Flughafenkoordination der Bundesrepublik Deutschland, http://www.fhkd-speicher.org/financing/, Abruf am 12. Juli 2016.

[55] Vgl. hierzu auch Ulrich, C. How the Present (IATA) Slot Allocation Works, in: Czerny, A. I./Forsyth, P./Gillen, D./Niemeier, H.-M. (Hrsg.), Airport Slots – International Experiences and Options for Reform, S. 9-19.

[56] Vgl. EU-Kommission, Flughafenpaket, Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Europäischen Union (Neufassung) vom 1. Dezember 2011, KOM(2011) 827 endgültig.

- Fluggesellschaften 85 Prozent statt bisher 80 Prozent der ihnen zugeteilten Zeitnischen nutzen müssen, um diese nicht zu verlieren und
- Fluggesellschaften Entgelte für eine verspätete Rückgabe nicht genutzter Slots zahlen sollten.

4.1.2 Slot-Allokation in den USA

299. Im Gegensatz zu Europa wird die Verteilung von Slots an den meisten US-amerikanischen Flughäfen nicht reguliert. Die Ausnahme bilden einzelne stark frequentierte Flughäfen wie Chicago O´Hare, Washington Ronald Reagon National und Newark sowie die beiden New Yorker Flughäfen John F Kennedy und LaGuardia. Die Vergabe von und der Handel mit Slots an diesen Flughäfen wurde seit den 1960er Jahren durch verschiedene gesetzliche Bestimmungen reglementiert.[57]

300. In stärkerem Maße als in Europa können in den USA Slots zwischen Fluggesellschaften gehandelt werden.[58] Ein Grund dafür ist, dass der Handel mit Slots anders als in Europa nicht nur nicht verboten, sondern ausdrücklich erlaubt ist. Der Sekundärhandel mit Slots umfasst dabei sowohl das Kaufen als auch das Mieten von Slots. Die amerikanische Fluggesellschaft Delta Airlines gab an, dass sie typischerweise 75 bis 100 Slots pro Flugsaison handelt und schätzt, dass 80 bis 90 Prozent der amerikanischen Fluggesellschaften am Handel mit Slots beteiligt sind. Der Handel mit Slots wird mittels bilateraler Verhandlungen abgewickelt, die durch informelle Kontakte zwischen Fluggesellschaften und im Rahmen regionaler Konferenzen zustande kommen. Überwacht und genehmigt wird der Handel von der amerikanischen Bundesluftfahrtbehörde, der Federal Aviation Administration (FAA). [59]

301. Von den Beteiligten wird diese Form des Slot-Handels als einfache und effiziente Möglichkeit des Handels gesehen, die die Optimierung des Streckennetzes, den Marktein- und -austritt sowie die effiziente Nutzung knapper Ressourcen erlaubt. Kritik äußerte die FAA. Sie glaubt, dass durch diese Form des Handels eingesessene Fluggesellschaften begünstigt werden und Handel nicht ausreichend transparent verläuft.[60]

302. Im Oktober 2008 veröffentlichte die FAA ihre Pläne, einen Teil der Slots für die Flughäfen La Guardia, JFK und Newark mittels Versteigerungen zu vergeben.[61] Demnach wären rund 10 Prozent der Slots in einer verdeckten Zweitpreisauktion[62] für eine Periode von fünf Jahren versteigert worden, während die übrigen Slots ohne Versteigerung auf Basis von Großvaterrechten für einen Zeitraum von 10 Jahre vergeben worden wären. Auch in Anbetracht der sinkenden Nachfrage nach Flügen aufgrund des wirtschaftlichen Abschwungs im Jahr 2009 nahm die FAA Abstand von ihrem Vorhaben, Slots zu versteigern. Zudem wurde kritisiert, dass Auktionen eine ungerechtfertigte Form der Besteuerung darstellten und zusätzliche Kosten, die den Fluggesellschaften durch die Auktion entstünden, auf Ticketpreise aufgeschlagen würden.

4.2 Ineffizienzen des derzeitigen Vergabesystems

303. Da eine Ausweitung von Flughafenkapazitäten nicht selten an administrativen Hindernissen und öffentlichem Widerstand gegen Flughafenerweiterungen scheitert, kommt der effizienten Nutzung bestehender Flughafenkapazitäten eine besondere Rolle zu. Dies gilt umso mehr an stark frequentierten Flughäfen, an denen die Nachfrage nach Kapazitäten das verfügbare Angebot übersteigt.

---

[57] Vgl. ausführlich dazu Steer, Davies Gleave (SDG), Impact Assessment of Revisions to Regulation 95/93, Final Report, März 2011, S. 125 ff.

[58] Vgl. Starkie, D., Slot Trading at United States Airports, in: Aviation Markets – Studies in Competition and Regulatory Reform, Aldershot (England) 2008, S. 175-192.

[59] Vgl. SDG, a. a. O., S. 127 f.

[60] Vgl. ebenda, S. 129.

[61] Vgl. 14 CFR Part 93 Congestion Management Rule for LaGuardia Airport; Final Rule und 14 CFR Part 93 Congestion Management Rule for John F. Kennedy International Airport and Newark Liberty International Airport; Final Rule.

[62] Bei einer Zweitpreisauktion (auch: Vickreyauktion) erhält der Höchstbietende den Zuschlag, zahlt jedoch nur das zweithöchste Gebot. Bei einer verdeckten Auktion werden Gebote so abgegeben, dass sie den anderen Bietern nicht bekannt werden.

304. Die Zeitnischenverordnung hat seit ihrer Einführung im Jahr 1993 zu einer grundsätzlichen Verbesserung bei der Zuweisung der Zeitnischen auf ausgelasteten Flughäfen im Hinblick auf eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe beigetragen.[63] Dennoch wird kritisiert, dass das derzeitige System nicht geeignet ist, eine im ökonomischen Sinn effiziente Verteilung von Slots zu erreichen.[64]

305. Die Ineffizienz des derzeitigen Systems ist insbesondere darin zu sehen, dass Slots in einem administrativen Verfahren vergeben werden, in dem marktbasierte Mechanismen unberücksichtigt bleiben. Bei der Vergabe durch den Flughafenkoordinator auf Grundlage von Großvaterrechten ist davon auszugehen, dass regelmäßig Fluggesellschaften trotz höherer Zahlungsbereitschaft keine Slots erhalten. Gleichzeitig werden Fluggesellschaften mit Großvaterrechten einmal zugeteilte Slots so lange weiternutzen, wie sie einen Gewinn aus der Nutzung des Slots erwarten können. Auch ohne eine Berücksichtigung von Großvaterrechten dürfte eine Vergabe durch einen Flughafenkoordinator kein effizientes Ergebnis liefern, da es ohne marktbasierte Mechanismen extrem schwer zu bestimmen ist, welche Fluggesellschaft einen Slot am besten nutzen kann.[65]

306. Dies führt dazu, dass im derzeitigen System keine nennenswerten Veränderungen hinsichtlich der Verteilung von Slots an einzelne Fluggesellschaften zu beobachten sind (geringe Slot-Mobilität). Zudem wird Fluggesellschaften der Markteintritt insbesondere an stark nachgefragten Flughäfen erschwert. Dabei handelt es sich nicht selten um Hub-Flughäfen mit starker Präsenz eingesessener Netzwerk-Carrier. Markteintritte etwa von Low Cost Carriern sind auch deswegen verstärkt an nicht koordinierten Flughäfen zu beobachten. Hinzu kommt, dass selbst auf stark nachgefragten Flughäfen zugeteilte Slots ungenutzt bleiben, da etwa zu viel beantragte Slots verspätet zurück gegeben werden.

4.3 Marktbasierte Mechanismen zur Slot-Vergabe

307. Wenn die Nachfrage nach Slots an stark frequentierten Flughäfen das Angebot übersteigt, müssen Kriterien gefunden werden, nach denen diese Slots vergeben werden. Wie bereits dargelegt, wird der Großteil der Slots auf Basis von Großvaterrechten vergeben. Aus ökonomischer Sicht ist eine alleinige Verteilung auf Basis von Großvaterrechten selten optimal, da nicht sichergestellt werden kann, dass die Fluggesellschaft, die den größten wirtschaftlichen Nutzen aus einem Slot erzielen kann, diesen auch zugeteilt bekommt.

308. Marktbasierte Mechanismen, die eine Form des Handels mit Slots ermöglichen, tragen dazu bei, dass ein Slot von den Fluggesellschaften genutzt werden kann, die ihm den größten wirtschaftlichen Wert beimisst. Dies führt zu einer effizienteren Verteilung von Slots als dies auf Basis von Großvaterrechten der Fall ist. Die Zahlungsbereitschaft einer Fluggesellschaft für einen Slot dient dabei als Indikator für den gesellschaftlichen Wert, der dem Angebot der Fluggesellschaft beigemessen wird. Die Fluggesellschaft, die ihren Kunden den besten Dienst anbietet und entsprechende Umsätze erzielen kann, wird auch bereit sein, am meisten für einen Slot zu zahlen.[66]

309. Marktbasierte Mechanismen zum Handel mit Slots lassen sich in primäre und sekundäre Mechanismen unterscheiden. Bei der Primärvergabe werden Slots erstmals an Fluggesellschaften vergeben und damit die Anfangsverteilung bestimmt. Die Primärvergabe kann z. B. in Form von Auktionen oder Verkäufen durch die Flughäfen, eine staatliche Behörde oder eine unabhängige Stelle wie den Flughafenkoordinator erfolgen. Sekundäre Mechanismen erlauben

---

[63] Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Europäischen Union (Neufassung), KOM(2011) 827 endgültig vom 1. Dezember 2011, S. 3.

[64] Zu den Ineffizienzen des derzeitigen Verteilungssystems ausführlicher NERA, Study to Assess the Effects of Different Slot Allocation Schemes, A Report for the European Commission, Januar 2004, S. 49 ff.; Bauer, J., Do Airports Use Slots Efficiently?, in: Czerny, A. I./Forsyth, P./Gillen, D./Niemeier, H.-M. (Hrsg.), Airport Slots – International Experiences and Options for Reform, S. 151-171; Europäische Kommission, Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Europäischen Union (Neufassung), a. a. O., S. 9.

[65] Vgl. DotEcon, Auctioning Airport Slots, A Report for HM Treasury and the Department of the Environment, Transport and the Regions, London, Januar 2001, S. v.

[66] Die Zahlungsbereitschaft einer Fluggesellschaft kann jedoch nur ein Indikator für den gesellschaftlichen Wert einer Flugdienstleistung sein. Beispielsweise ist es denkbar, dass Fluggesellschaften bereit sind, einen zu hohen Preis zu zahlen, um einen Konkurrenten den Markteintritt zu erschweren. Ebenso kann der gezahlte Preis gemessen am gesellschaftlichen Wert zu niedrig sein, wenn externe Effekte wie Umweltverschmutzung und Lärm unberücksichtigt bleiben.

es den Fluggesellschaften, Slots untereinander oder mit Dritten zu handeln und damit die durch die Primärvergabe erzielte Anfangsverteilung zu verändern. Dies kann zu einer Steigerung der Effizienz führen, wenn sich z. B. durch eine Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Wert eines Slots für eine Fluggesellschaft verändert hat.[67]

4.3.1 Slot-Auktionen

310. Gegenüber dem derzeitigen System zur primären Verteilung von Flughafen-Slots auf Basis von Großvaterrechten bieten Auktionen den Vorteil, dass sie besser geeignet sind, Slots an die Fluggesellschaften zu verteilen, die den höchsten wirtschaftlichen Nutzen aus ihnen erzielen können. Zudem begünstigen Auktionen anders als eine Verteilung anhand von Großvaterrechten den Marktzutritt neuer Anbieter.

311. Auch gegenüber anderen marktbasierten Instrumenten zur Primärvergabe von Slots bieten Auktionen gewisse Vorteile. Beispielsweise dürfte es mit Auktionen besser gelingen, marktbereinigende Preise zu finden als dies möglich wäre, wenn Preise durch die Verkäuferseite festgelegt werden würden. Außerdem bieten Auktionen ein höheres Maß an Transparenz, als dies oftmals bei einer Verhandlungslösung der Fall sein dürfte. Ein unzureichendes Maß an Transparenz könnte dazu führen, dass andere als marktbasierte Kriterien eine Rolle bei der Slotvergabe spielen könnten.[68]

312. Auktionen werden in vielen Bereichen der Wirtschaft genutzt, um knappe Ressourcen möglichst effizient verteilen zu können. Ein Beispiel hierfür sind Versteigerungen von Mobilfunkfrequenzen im Telekommunikationssektor.[69] Während Frequenzen zu einem gewissen Grad gegeneinander austauschbar sind, handelt es sich bei Slots um relativ heterogene Güter, deren Wert stark davon abhängt, auf welche Uhrzeit und welchen Flughafen sie sich beziehen. Diese Heterogenität macht Slots zu imperfekten Substituten, da sie nur schwer gegeneinander ausgetauscht werden können. Dies führt dazu, dass sich die Anzahl potenzieller Käufer verkleinert, da nicht alle Fluggesellschaften ein gleich großes Interesse an allen Slots haben dürften.

313. Ein weiterer Faktor, der die Komplexität von Slot-Auktionen erhöht, ist, dass Fluggesellschaften sowohl auf dem Start- wie auch auf dem Zielflughafen zueinander passende Slots benötigen, um einen Flug anbieten zu können. Es besteht also eine Nachfragekomplementarität zwischen den Slots auf verschiedenen Flughäfen. Im Fall von Direktverbindungen betrifft dies die Slots auf dem Start- und Zielflughafen. Die Komplexität steigt nochmals, wenn Fluggesellschaften auf ein Hub-and-Spoke-System setzen, bei dem mehrere Zubringerflüge auf einen längeren Flug abgestimmt werden müssen. Derartige Nachfragekomplementaritäten können eine besondere Schwierigkeit bei der Vergabe von Slots durch Auktionen darstellen und müssten beim Auktionsdesign berücksichtigt werden.[70]

314. Wahrscheinlich nicht geeignet wäre eine Auktion mit nur einem Durchgang oder Auktionen, in denen Slots nacheinander versteigert werden. Bei solchen Auktionsdesigns hätten Fluggesellschaften nur einen Versuch, das richtige Gebot abzugeben und es wären kaum Angebote abzugeben, die Nachfragekomplementaritäten angemessen widerspiegeln. In der ökonomischen Literatur wird daher empfohlen, ein simultanes aufsteigendes Auktionsverfahren mit mehreren Runden zu verwenden. Bei so einem Verfahren können Auktionsteilnehmer für mehrere Slots gleichzeitig bieten und auf die Gebote anderer Teilnehmer reagieren.[71]

315. Da zudem die Durchführung einer Auktion nur sinnvoll ist, wenn es tatsächlich ein Nachfrageüberhang gibt, erscheint es zweckmäßig vor Auktionsbeginn eine Marktabfrage durchzuführen. In einer solchen Marktbefragung könnten die Flughäfen und Zeiten identifiziert werden, für die die Nachfrage nach Slots das Angebot übersteigt. Dadurch

---

[67] Vgl. NERA, Study to Assess the Effects of Different Slot Allocation Schemes, A Report for the European Commission, a. a. O., S. 66 f.

[68] Vgl. ebenda, S. 68.

[69] Vgl. hierzu Monopolkommission, Sondergutachten 66, a. a. O., Tz. 126.

[70] Vgl. Zu den Möglichkeiten des Auktionsdesigns auch Button, K. Auctions – What Can We Learn from Auction Theory for Slot Allocation, in: Czerny, A. I./Forsyth, P./Gillen, D./Niemeier, H.-M. (Hrsg.), Airport Slots – International Experiences and Options for Reform, S. 291-309.

[71] Vgl. NERA, Study to Assess the Effects of Different Slot Allocation Schemes, A Report for the European Commission, a. a. O., S. 174.

ließe sich die Anzahl der betroffenen Flughäfen und Zeiträume und damit der Aufwand einer Auktion bereits im Vorfeld begrenzen.

316. Die Komplexität einer möglichen Auktion würde sich zudem mit der Anzahl der zu versteigernden Slots weiter erhöhen. Vor diesem Hintergrund würde es sich anbieten, zunächst nur eine begrenzte Zahl der Slots zu versteigern. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang insbesondere zwei Varianten.

317. Die erste Variante sieht vor, dass das bestehende und historisch gewachsene System mit Großvaterrechten unverändert weiter besteht und nur z. B. in Folge eines Flughafenausbaus neu geschaffene Slots versteigert werden. Eine zweite Variante bestünde darin, über einen Zeitraum von zehn Jahren jährlich 10 Prozent aller bestehenden Slots zu versteigern. Am Ende des Zeitraums würde so alle verfügbaren Slots durch Auktionen einmal neu verteilt werden. Großvaterrechte an zu versteigernden Slots würden aufgegeben werden müssen. Im Gegenzug würden neue, auf zehn Jahre begrenzte Großvaterrechte an neu ersteigerten Slots zugeteilt werden.

318. Beide Varianten hätten gemeinsam, dass jeweils nur eine begrenzte Menge an Slots auf einmal versteigert würde. Damit könnte verhindert werden, dass Fluggesellschaften aufwendig aufeinander abgestimmte Slots sehr schnell aufgeben müssten. Zudem hätten alle Beteiligten die Gelegenheit, Erfahrungen mit der Versteigerung von Slots zu machen und das Auktionsdesign könnte optimiert werden, bevor zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise größere Mengen an Slots versteigert würden.

4.3.2 Slot-Handel

319. Ein weiteres Instrument zur Verbesserung der effizienten Nutzung von Slots ist der Sekundärhandel. Sekundäre Vergabemechanismen setzen eine Primärvergabe voraus und sind geeignet, eine möglicherweise ineffiziente Primärverteilung von Slots zu verbessern. Dies kann sinnvoll sein, wenn entweder die Primärvergabe kein effizientes Ergebnis hervorgebracht hat oder sich im zeitlichen Verlauf der Wert der Slots für Fluggesellschaften verändert hat. Auch finanzielle Engpässe können Fluggesellschaft zum Verkauf von Slots bewegen.

320. Durch die Möglichkeit, Slots zu handeln, entstehen den Fluggesellschaften Opportunitätskosten, was wiederum Anreize schafft, ungenutzte Slots zu verkaufen. Zum einen wird so der Markteintritt für Fluggesellschaften erleichtert und der Wettbewerb damit intensiviert. Zum anderen wird eine effizientere Nutzung von Flughafenkapazitäten erreicht. Dabei besteht jedoch das Risiko, dass es zu weiteren Konzentrationen von Slots kommt. Bereits heute wird aufgrund von Großvaterrechten ein Großteil der Slots an stark nachgefragten Flughäfen von eingesessenen Fluggesellschaften gehalten, die diese Flughäfen als Hubs nutzen. Eine Erhöhung der Slot-Mobilität durch die Formalisierung des Handels könnte dazu führen, dass etablierte Fluggesellschaften weitere Slots an ihren Hub-Flughäfen erwerben. Gleichwohl könnte eine solche Entwicklung ökonomisch effizient sein, wenn sie eine höhere Zahlungsbereitschaft z. B. aufgrund von Netzwerkeffekten eines Hub-and-Spoke-Systems widerspiegeln.

321. In Europa gibt es bereits Erfahrungen mit dem Handel von Slots zwischen Fluggesellschaften. Ein starkes Wachstum im Luftverkehr und begrenzte Kapazitätserweiterungen an den Londoner Flughäfen Heathrow und Gatwick haben den Druck auf Fluggesellschaften erhöht, mit Slots zu handeln. Der für Heathrow zuständige Flughafenkoordinator Airport Coordination Limited (ACL) hat dazu eine Online-Plattform zum Handel mit Slots eingerichtet.[72] In der Folge konnte die am Flughafen Heathrow etablierte Fluggesellschaft British Airways ihren Anteil an den verfügbaren Slots ausbauen. Gleichzeitig hat sich die Slots-Nutzung gemessen in zurückgelegten Passagierkilometern pro Slot im Vergleich zur Situation ohne Handel deutlich verbessert, da größere Flugzeuge eingesetzt und weiter entfernte Ziele angeflogen wurden.[73]

---

[72] Vgl. hierzu auch Whitlam, S., An Introduction to Secondary Slot Trading, Präsentation Juli 2015, http://www.acl-uk.org/UserFiles/File/Introduction%20to%20Secondary%20Slot%20Trading%20july%202015.pdf, Abruf am 6. Juli 2016.

[73] Konkret stieg die Anzahl der durchschnittlich verfügbaren Sitzplätze pro Flugzeug um 90 Prozent von 135 auf 255. Die durchschnittliche Flugstrecke wurde von 575 km auf 6800 km fast verzwölffacht. Daraus ergibt sich eine durchschnittliche Passagierkilometerzahl von 1.734.000 pro Slot statt zuvor 77.625; vgl. CAPA Centre for Aviation, Heathrow Airport's slot machine: hitting the jackpot again? Analyse vom 8. Mai 2013.

322. Keine Transparenz besteht jedoch hinsichtlich der gezahlten Preise, da diese nicht veröffentlicht werden. Nur vereinzelt geraten Informationen über Slot-Käufe an die Öffentlichkeit. Im März 2008 wurde beispielsweise bekannt, dass Continental Airlines insgesamt USD 209 Mio. (entsprach zum damaligen Zeitpunkt EUR 143 Mio.) für vier Slot-Paare am Flughafen Heathrow zahlte.[74] Im Allgemeinen ist der Handel mit Slots in Europa jedoch wenig transparent. Nicht selten findet er in Form von sogenannten „Junk Trades“ statt. Dabei werden in Abstimmung mit dem Flughafenkoordinator relativ wertvolle Slots gegen wertlose Slots getauscht. Über mögliche Ausgleichszahlungen kann häufig nur gemutmaßt werden.[75]

4.4 Handlungsempfehlung

323. Aus Sicht der Monopolkommission kommt in Anbetracht des steigenden Luftverkehrsaufkommens und begrenzter Möglichkeiten zur Kapazitätserweiterung der effizienten Nutzung bereits bestehender Flughafenkapazitäten insbesondere an stark frequentierten Flughäfen eine zunehmend wichtige Rolle zu. Das bestehende System, das eine Verteilung von Slots auf Basis sogenannter Großvaterrechte vorsieht, kann dem Anspruch an eine effiziente Kapazitätsnutzung nicht gerecht werden.

324. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, bei der Verteilung knapper Flughafenkapazitäten stärker als bisher auf Marktmechanismen zu setzen. Sowohl der Primärhandel mit Slots in Form von Auktionen wie auch der teilweise bereits stattfindende Sekundärhandel mit Slots zwischen Fluggesellschaften sollten explizit gestattet werden. Beide Mechanismen sind grundsätzlich geeignet, die Nutzung der Flughafeninfrastruktur effizienter zu machen.

325. Grundsätzlich könnten Slots direkt von den Flughafenbetreibern oder durch eine Dritte Institution wie den Flughafenkoordinator versteigert werden, der die Auktionserlöse an die jeweiligen Flughäfen weitergibt. In beiden Fällen könnten die unternehmerischen Anreize für Flughafenbetreiber, knappe Flughafenkapazitäten effizienter zu nutzen, erhöht werden, wenn sie an den Erlösen der Auktion beteiligt würden. Auch Fluggesellschaften wären in der Lage Knappheitsrenten durch den Weiterverkauf von Slots zu erzielen, bevor diese nach Ablauf einer festzulegenden Periode an den Auktionator zurückgehen. Zudem könnten Slots in verschiedenen Qualitätsstufen angeboten werden, um den unterschiedlichen Interessen der Fluggesellschaften gerecht zu werden.[76]

326. In Verbindung mit einer Abschaffung oder Einschränkung der bestehenden Großvaterrechte würden zudem Markteintrittsbarrieren für Fluggesellschaften abgebaut werden. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass insbesondere bei Fluggesellschaften, die ein Hub-and-Spoke-System nutzen, Slots an verschiedenen Flughäfen erworben werden müssten, um das Geschäftsmodell sinnvoll nutzen zu können. Grundsätzlich sind aber Auktionsdesigns möglich, die zeitlich begrenzte Großvaterrechte beinhalten.

327. Gegen marktbasierte Mechanismen zur Vergabe von Slots spricht auch nicht die Überlegung, dass deren Einführung auf europäischer Ebene ohne eine gleichzeitige Einführung in anderen Teilen der Welt, eine relative Benachteiligung eingesessener europäischer Fluggesellschaften bedeuten würde, da Slots in anderen Teilen der Welt weiterhin nach anderen Kriterien vergeben werden könnten. Der Grund ist, dass die gesamtwirtschaftlichen Vorteile einer effizienteren Slotvergabe mögliche Nachteile überwiegen dürften. Hierzu zählt neben einer besseren Auslastung bestehender Flughafenkapazitäten eine Erleichterung des Markteintritts für Fluggesellschaften auf bestimmten Routen, was zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Sinne der Passagiere führen würde.

---

[74] Vgl. Done, K., Continental pays Heathrow record, www.ft.com vom 3. März 2008.

[75] Vgl. SDG, Impact Assessment of Revisions to Regulation 95/93, a. a. O., S. 124.

[76] Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Handlungsbedarf für Planung und Nutzung der Flughafeninfrastruktur in Deutschland, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 82(2), 2011, S. 107.

5 Markt für Bodenabfertigungsdienste weiter öffnen

328. In Anbetracht des zunehmenden Luftverkehrsvolumens und damit verbundener Kapazitätsengpässe kommt der effizienten Nutzung von bestehender Flughafeninfrastruktur eine hohe Bedeutung zu. Bodenabfertigungsdienste nehmen dabei eine Schlüsselfunktion ein. Die Europäische Kommission schätzt, dass 2011 weltweit rund 50 Mrd. Euro mit Bodenabfertigungsdiensten umgesetzt wurden und in Europa mindestens 60 Tsd. Personen in diesem Sektor beschäftigt waren. Für Fluggesellschaften stellen Bodenabfertigungsdienste 5 bis 12 Prozent ihrer Betriebskosten dar. [77]

329. Bodenabfertigungsdienste werden von Fluggesellschaften nachgefragt und können grundsätzlich entweder vom Flughafenbetreiber, unabhängigen Diensteanbietern oder den Fluggesellschaften angeboten werden (sogenannte Selbstabfertigung). Dabei können landseitige und luftseitige Abfertigungsdienste unterschieden werden. Erstere werden im Terminal erbracht und umfassen z. B. den Check-In, die Sicherheitskontrollen und die Gepäckabfertigung. Demgegenüber erfolgt die luftseitige Abfertigung auf dem Vorfeld. Hierzu gehören beispielsweise das Reinigen und Betanken von Flugzeugen sowie das Be- und Entladen von Fracht und Gepäck.

330. Während landseitige Abfertigungsdienste bereits vor der Liberalisierung des europäischen Luftverkehrs durch Drittanbieter oder Fluggesellschaften erbracht wurden, wurden die luftseitigen Bodenverkehrsdienste an deutschen Flughäfen ausschließlich durch den jeweiligen Flughafenbetreiber bzw. dessen Tochtergesellschaft angeboten. Andere Anbieter waren darauf angewiesen, eine Lizenz zu erhalten, die ihnen in der Regel durch die Flughafenbetreiber verweigert wurde. Flughäfen hatten damit ein de facto Monopol bei der Erbringung der luftseitigen Abfertigungsdienste.[78]

331. Mit dem Ziel, die Preise für Bodenverkehrsdienste zu senken und die Qualität der Dienste zu erhöhen, wird seit 1996 der Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf europäischen Flughäfen durch die Richtlinie 96/67/EG geregelt.[79] In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Richtlinie im Jahr 1997 mit der Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen (kurz: Bodenabfertigungsdienst-Verordnung – BADV).[80]

332. Die Richtlinie sieht eine schrittweise Öffnung der Bodenabfertigung ab 1998 vor. Demnach gibt es einen grundsätzlich freien Zugang für selbstabfertigende Fluggesellschaften und Drittanbieter bei einer Reihe von Diensten wie dem Catering, der Fluggastabfertigung und der Flugzeugreinigung. Der Zugang kann jedoch nach Genehmigung durch die Europäische Kommission z. B. aufgrund von Kapazitätsbegrenzungen eingeschränkt werden.

333. Zudem gelten in den vier Bereichen Gepäckabfertigung, Vorfelddienste, Betankung sowie Fracht- und Postabfertigung Ausnahmen an Flughäfen, die jährlich mindestens zwei Millionen Fluggäste oder 50.000 Tonnen Fracht zu verzeichnen haben. Hier können Mitgliedstaaten sowohl die Anzahl der Selbstabfertiger als auch die Zahl der Drittabfertiger je Dienstekategorie auf zwei begrenzen. Dabei muss nur einer der beiden Drittabfertiger unabhängig vom Flughafen sein.

---

[77] Die Europäische Kommission unterscheidet die folgenden elf Kategorien von Bodenabfertigungsdiensten: (1) Administrative Abfertigung am Boden und Überwachung; (2) Fluggastabfertigung; (3) Gepäckabfertigung; (4) Fracht- und Postabfertigung; (5) Vorfelddienste; (6) Reinigungsdienste und Flugzeugservice; (7) Betankungsdienste; (8) Stationswartungsdienste; (9) Flugbetriebs- und Besatzungsdienste; (10) Transportdienste am Boden; (11) Bordverpflegungsdienste (Catering). Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67/EG vom 1. Dezember 2011, S. 2.

[78] Vgl. Neuscheler, T., Flughäfen zwischen Regulierung und Wettbewerb – Eine netzökonomische Analyse, Baden Baden 2008, S. 137.

[79] Vgl. Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt für Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L272 vom 25. Oktober 1996, S. 36.

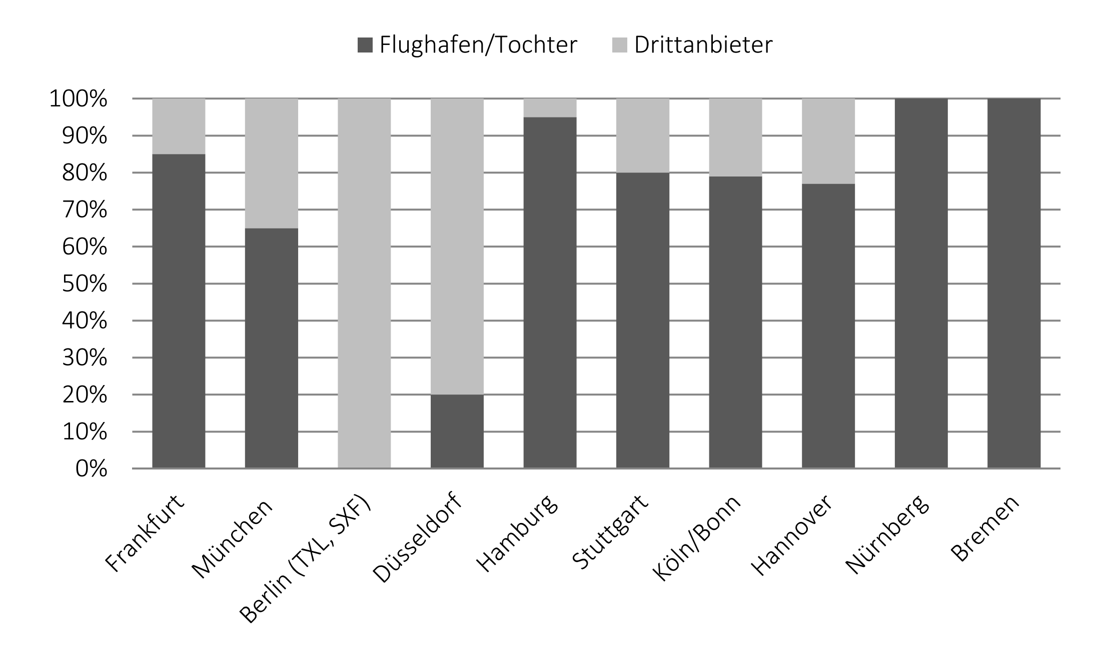
[80] 2009 leitete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren ein, nachdem sie eine fehlerhafte Umsetzung der Richtlinie festgestellt hatte. Durch Korrekturen an der BADV konnten die Bedenken der Kommission im Jahr 2011 ausgeräumt werden. Vgl. Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulrike Gottschalck, Uwe Beckmeyer, Petra Ernstberger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD, BT-Drs. 17/6380, Situation der Bodenabfertigungsdienste an deutschen und europäischen Flughäfen, BT-Drs. 17/6622 vom 18. Juli 2011.

5.1 Mangel an effektivem Wettbewerb

334. Zu den wesentlichen Ergebnissen der Richtlinie gehört, dass der Markt für Bodenabfertigungsdienste für neue Dienstleister geöffnet werden konnte. In der Folge hat sich die Qualität der erbrachten Bodenabfertigungsdienste verbessert und die Preise sanken.[81] Dennoch gilt die bestehende Richtlinie aus dem Jahr 1996 angesichts stark veränderter Rahmenbedingungen als überarbeitungsbedürftig. So gewinnt die effiziente Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten durch steigende Verkehrsvolumen und zunehmende Kapazitätsengpässe an Bedeutung. Gleichzeitig ist in den vergangenen Jahren der Kostendruck auf den europäischen Luftverkehrssektor durch Wirtschaftskrisen und den zunehmenden Wettbewerb gestiegen.[82]

335. Abbildung I.1 zeigt die Marktanteile bei Bodenverkehrsdiensten von Flughafenbetreibern bzw. deren Tochterunternehmen in Relation zu unabhängigen Drittanbietern an verschiedenen deutschen Flughäfen im Mai 2016. An den Flughafenstandorten Berlin, Bremen, Düsseldorf und Nürnberg kommt es derzeit praktisch nicht zu einer Konkurrenzsituation zwischen Flughafenbetreibern und unabhängigen Anbietern bei der Erbringung von Bodenverkehrsdiensten. Keine unabhängigen Anbieter sind derzeit in Nürnberg und Bremen tätig. Während in Nürnberg der unabhängige Wettbewerber seine Lizenz ruhen lässt, ist in Bremen die Betriebsaufnahme des Drittanbieters noch nicht erfolgt, sodass auch hier der Flughafenbetreiber alleine tätig ist.

Abbildung I.1: Marktanteile verschiedener Bodenverkehrsdienstleister an ausgewählten deutschen Verkehrsflughäfen – Stand: Mai 2016



Quelle: BDF, VDF

336. Im Gegensatz dazu sind Flughafenbetreiber an den Standorten Berlin und Düsseldorf nicht bzw. kaum noch aktiv. Historisch bedingt war der gemeinsame Flughafenbetreiber an den Berliner Standorten Tegel und Schönefeld noch nie

---

[81] Vgl. hierzu auch SH&E, Study on the quality and efficiency of ground handling services at EU airports as a result of the implementation of Council Directive 96/67/EC, final report, vom 7. Oktober 2002; Airport Research Center, Study on the Impact of Directive 96/67/EC on Ground Handling Services 1996-2007, final report, February 2009 sowie Templin, C., Competition for Airport Services – Ground Handling Services in Europe: Case Studies on Six Major European Hubs, in: Forsyth, P. et al. (Hrsg.), Airport Competition – The European Experience, Farnham 2010, S. 393-412.

[82] Vgl EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67/EG vom 1. Dezember 2011, S. 3. Vor diesem Hintergrund ist auch das geplante nationale Luftverkehrskonzept der Bundesregierung zu sehen, dessen Ziel es ist, den deutschen Luftverkehrssektor zu stärken.

als Bodenverkehrsdienstleister tätig, sodass es hier nur unabhängige Anbieter gibt.[83] In Düsseldorf wird erwartet, dass sich der Flughafenbetreiber aus betriebswirtschaftlichen Gründen aus der Bodenabfertigung zurückzieht. Es wurde seitens des Flughafenbetreibers angestrebt, eine weitere Lizenz an einen unabhängigen Anbieter zu vergeben.[84]

337. An den verbleibenden sechs Flughäfen, an denen sowohl unabhängige Drittanbieter als auch Flughafenbetreiber konkurrieren, zeigt sich, dass unabhängige Dienstleister einen durchschnittlichen Marktanteil von 20 Prozent haben. Eine weitere Folge der Begrenzung des Marktzutritts ist, dass keiner der sieben unabhängigen Anbieter an allen zehn Flughafenstandorten vertreten ist.[85] Ein Anbieter ist an fünf Standorten und die übrigen an drei oder weniger Standorten vertreten. Dadurch sind Fluggesellschaften und Drittanbieter kaum in der Lage, standortübergreifende Synergien und Produktivitätsverbesserungen zu erzielen.[86]

338. Da an den meisten deutschen Verkehrsflughäfen von der Möglichkeit zur Beschränkung der Anzahl der Anbieter von Bodenverkehrsdiensten gebraucht gemacht wird, ist es erforderlich, Zulassungen an Dienstleister zu vergeben. Die Erteilung dieser Zulassung erfolgt in der Regel durch die Verkehrsministerien der Länder, die gleichzeitig Gesellschafter der Flughafenbetriebsgesellschaften sind. Da die Flughafenbetreiber gewöhnlich ebenfalls Bodenabfertigungsdienste anbieten, kann ein Interessenskonflikt nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

339. Zudem kritisiert die Vereinigung der Dienstleister an Deutschen Flughäfen e. V. (VDF) die Markteintritts- und Tätigkeitsbedingungen.[87] Ausschreibungen würden an den verschiedenen Flughäfen unterschiedlich gehandhabt und seien oftmals nicht ausreichend transparent.[88] Zudem sei der Wettbewerb durch das Setzen von für Dienstleister nicht nachvollziehbaren und undurchsichtigen Zeitrahmen zugunsten der flughafeneigenen Anbieter verzerrt worden. So seien in mehreren Fällen die Werbung von Kunden und die fristgerechte Betriebsaufnahme durch hinausgezögerte Entscheidungen erschwert worden.

5.2 Vorschläge der Europäischen Kommission

340. Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission im Jahr 2011 einen Vorschlag zur Weiterentwicklung der Richtlinie ausgearbeitet.[89] Die Ziele des Vorschlags waren unter anderem die Erhöhung der Anzahl an Anbietern von Bodenabfertigungsdiensten an europäischen Flughäfen und die Harmonisierung der Zulassungsregelungen. Dazu sollte die bestehende Richtlinie durch eine neue Verordnung ersetzt werden.

341. Im Wesentlichen sah der Vorschlag vor, dass wie zuvor die Anzahl der Dienstleister an Flughäfen mit mindestens 2 Mio. Passagieren und 50.000 Tonnen Fracht pro Jahr begrenzt werden darf. Neu war, dass an Großflughäfen mit mehr als 5 Mio. Passagieren und 100.000 Tonnen Fracht pro Jahr die Zahl der Dienstleister mindestens drei betragen sollte. Die Selbstabfertigung sollte allen Fluggesellschaften erlaubt werden. Zudem sollten Flughafenbetreiber, die selbst Bodenabfertigungsdienste erbringen, dazu verpflichtet werden, eine rechtliche Trennung von Flughäfen und

---

83 Am Flughafen Tegel sind zwei unabhängige Anbieter und am Flughafen Schönefeld drei unabhängige Anbieter tätig.

84 Vgl. Schleucher, R., Der neue Flughafen-Chef redet Klartext, www.wz.de; 29. April 2015.

85 An den genannten zehn Flughafenstandorten gibt es derzeit sieben verschiedene unabhängige Drittanbieter. Hierbei handelt es sich um Acciona, Aeroground Berlin, Aviapartner, Losch, Swissport/Gegenbauer, Swissport/Losch und WISAG.

86 Vgl. BDF, http://www.bdf.aero/themen/bodenverkehrsdienste/, Abruf am 25. Mai 2016.

87 Vgl. VDF, Positionspapier zur Richtlinie 96/67/EG des Rates der Europäischen Union vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft vom 14. April 2015.

88 Vgl. zu Transparenzanforderungen bei Vergabeverfahren im Bereich der Bodenabfertigung die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes: BVerwG, Entscheidung vom 18. März 2016, 3 B 16.15 – Transparenzgebot bei der Auswahlentscheidung für die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten. Dieses hatte eine Nichtzulassungsbeschwerde des Landes Hessen für unzulässig erklärt, wodurch ein zuvor ergangenes Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes rechtskräftig wurde. Dieser hatte entschieden, dass das Land Hessen gegen die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Entscheidungskriterien bei der Auswahl verstoßen hatte, da es erst zwei Monate nach Eingang der Bewerbungsunterlagen Auswahlkriterien festgelegt habe.

89 Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67/EG, KOM(2011) 824 endgültig. Der Vorschlag wurde 2015 von der Europäischen Kommission zurückgezogen.

Bodenabfertigung vorzunehmen. Bisher reichte eine einfache buchhalterische Trennung aus, was aus Sicht der Europäischen Kommission nicht genügte, um einen fairen Wettbewerb zu garantieren. Außerdem sollte das Ausschreibungsverfahren verbessert und neue Mindestanforderungen an die Qualität von Bodenabfertigungsdiensten und die Ausbildung der Beschäftigten gestellt werden.

342. Das Europäische Parlament lehnte den ursprünglichen Vorschlag der Kommission zunächst ab und verwies den Vorschlag zur erneuten Diskussion an den federführenden Ausschuss zurück, wodurch es zu Änderungen am Vorschlag kam. Mindestens drei Dienstleister sollten nur noch an Flughäfen mit mehr als 15 Mio. Passagieren oder 200.000 Tonnen Fracht pro Jahr tätig sein können. Abgelehnt wurde auch eine rechtliche Trennung von Flughafenbetrieb und Bodenabfertigung. Stattdessen sollte es ausreichen, dass an Flughäfen mit mehr als 5 Mio. Passagieren oder 200.000 Tonnen Fracht eine getrennte Rechnungsführung eingeführt wird. Zudem wurden die Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz um Regeln gegen Lohndumping sowie zum angemessenen Niveau sozialer Sicherheit und „menschenwürdiger Arbeitsbedingungen“ erweitert.[90]

343. In Deutschland wurde der Vorschlag der Europäischen Kommission kritisch bewertet. Der Ausschuss des Bundestages für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung empfahl, den Vorschlag abzulehnen. Es wurde bezweifelt, dass es durch eine weitere Öffnung des Marktes zu einer Verbesserung der bereits hohen Qualität bei der Bodenabfertigung an deutschen Flughäfen käme. Eine Verbilligung von Bodenabfertigungsdiensten durch Absenkung von Lohnniveaus wurde ebenso abgelehnt wie die vorgeschlagene rechtliche Trennung von Bodenverkehrsdiensten und Flughafeninfrastruktur, unter anderem da eine „Diskriminierung der Flughafenbetreiber als Dienstleister“ zu befürchten sei.[91]

344. Der Flughafenverband ADV brachte gegen eine weitere Liberalisierung der Bodenverkehrsdienste die Argumente vor, dass Möglichkeiten zur Prozessoptimierung ausgeschöpft seien, dieser Bereich einen Personalkostenanteil von 70 Prozent an den Gesamtbodenverkehrskosten aufweise und eine höhere Anzahl an Anbietern zu einer Absenkung des Lohnniveaus und sozialer Standards führe.[92]

5.3 Handlungsempfehlung

345. Aus Sicht der Monopolkommission hat die Europäische Union im Jahr 1996 mit der Richtlinie 96/67/EG einen ersten wichtigen Schritt in Richtung der Liberalisierung des Marktes für Bodenabfertigungsdienste unternommen. Dabei wurden jedoch nicht alle Zugangshürden abgebaut. Insbesondere in Deutschland gibt es für einen Reihe von Diensten oftmals nur einen unabhängigen Anbieter, dem es gestattet wird, neben dem Flughafenbetreiber Bodenabfertigungsdienste anzubieten. Auch fast 20 Jahre nach der zumindest teilweisen Öffnung des Marktes ist es diesen unabhängigen Anbietern in vielen Fällen nicht gelungen, Marktanteile von mehr als 25 Prozent zu erzielen.

346. Die Ansicht, mehr Wettbewerb würde zu Lasten der Qualität und Sicherheit bei Bodenabfertigungsdiensten führen, widerspricht den bisherigen Erfahrungen. Bei den unabhängigen Drittanbietern handelt es sich nicht, wie teilweise suggeriert wird, um „Billiganbieter“, die Angestellte zu Dumpinglöhnen beschäftigen. In jedem Fall ist die Verhinderung von Wettbewerb nicht der zu präferierende Weg, Sozialstandards zu sichern.

347. Auch das vielfach vorgebrachte Argument, eine weitere Öffnung sei aus logistischen Gründen nicht umsetzbar, da es nicht genug Platz für weitere Anbieter gäbe, kann nicht überzeugen. Zwar dürfte sich die Anbieterzahl nicht unbegrenzt vergrößern lassen, dennoch scheint der vorgeschlagene moderate Anstieg der Anbieterzahl von zwei auf drei an großen Flughäfen mit mehr als 15 Mio. Passagieren pro Jahr nicht unverhältnismäßig. Die praktischen Erfahrungen an deutschen und anderen europäischen Flughäfen haben gezeigt, dass es in vielen Fällen möglich sein dürfte,

---

[90] Vgl. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. April 2013 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67/EG.

[91] Vgl. Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (15. Ausschuss) des Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/8617 vom 8. Februar 2012, S. 3.

[92] Vgl. ADV, Positionspapier des Flughafenverbandes ADV zum Thema: „Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67 EG“ vom 15. Februar 2012.

mehr als die bisherigen zwei Anbieter zuzulassen. Beispielsweise kooperieren Anbieter etwa bei der Nutzung von Fahrzeugen, was den Platzbedarf reduziert. Außerdem wäre es möglich, einen eventuell gestiegenen Platzbedarf bei der Planung neuer Flughafengebäude zu berücksichtigen. Davon abgesehen ist es bereits nach den Regeln der geltenden Richtlinie möglich, den Zugang aus bestimmten Sachgründen wie z. B. Platz- und Kapazitätsbeschränkungen zu begrenzen.[93]

348. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass insbesondere an großen Flughäfen mit vielen Flugbewegungen weitere unabhängige Drittanbieter zugelassen werden. Dies ist nach den Vorgaben der geltenden Richtlinie 96/67/EG bereits möglich, da die Richtlinie lediglich Mindestvorgaben hinsichtlich der Zahl der Dienstleister macht. Für eine Anpassung der Anbieteranzahl ist lediglich eine Änderung der Anzahl der Drittabfertiger in der BADV notwendig. Ebenfalls positiv zu bewerten ist der Vorschlag den Flughafenbetrieb und Bodenabfertigung rechtlich zu trennen. Damit kann das Risiko vermindert werden, dass es bei der Vergabe von Zulassungen und im späteren betrieblichen Ablauf zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen Dienstleistern kommt.

349. Langfristig sollte jedoch seitens der Bundesregierung erwogen werden, sich auch auf europäischer Ebene für eine weitere Öffnung des Marktes für Bodenverkehrsdienste einzusetzen, da es nur so zu einer europaweiten Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Bodenabfertigungsdienste kommen kann. Dabei sollte das Rechtsinstrument der Verordnung erwogen werden, da diese unmittelbar in den Mitgliedstaaten wirksam ist und damit besser als eine Richtlinie geeignet ist, für die notwendige Harmonisierung des Marktes zu sorgen und die Probleme zu lösen, die auf eine uneinheitliche Umsetzung der geltenden Richtlinie zurückzuführen sind.[94]

---

[93] Vgl. Artikel 9 der Richtlinie 96/67/EG.

[94] Vgl. hierzu EU-Kommission, Vorschlag, für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 96/67/EG, KOM(2011) 824 endgültig, S. 11.

Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga

Kurz gefasst

Eine wichtige Einnahmequelle für den deutschen Profi-Fußball ist die Vermarktung von Rechten zur Übertragung von Fußballspielen und deren Highlights über die Medien. Die Rechte werden von der DFL zentral an Fernsehsender und andere Medienanbieter vergeben. Die Zentralvermarktung von Spielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga, der Spiele des DFB-Pokals, der UEFA Champions League und jene der UEFA Europa League mit deutscher Beteiligung war wieder-holt Gegenstand kartellbehördlicher Überprüfungen, so auch im Frühjahr 2016 für die Spiele ab der Saison 2017/2018.

In der kartellbehördlichen Praxis ergeben sich Schwierigkeiten aufgrund von Unklarheiten, die hinsichtlich sowohl der vermarkteten Produkte als auch der Wettbewerbssituation bestehen: Die vermarkteten Übertragungsrechte sind rechtlich nicht klar definiert, und zwar sowohl hinsichtlich ihres Inhalts als auch hinsichtlich des Rechtsinhabers. Die wettbewerbliche Situation ist schwierig einzuschätzen, da die Nachfrage der Medienanbieter sich zumindest teilweise von den Zuschauerpräferenzen ableitet, aber einzelne Fußballspiele aus Zuschauersicht nicht ohne Weiteres untereinander austauschbar sind. Außerdem ist ein gestuftes Wettbewerbsverhältnis zwischen den vermarkteten Rechten, insbesondere hinsichtlich Live-Übertragungen und der Highlight-Berichterstattung, in Betracht zu ziehen. Darüber hinaus bestehen Wechselwirkungen zwischen den Wettbewerbsverhältnissen auf nationaler Ebene und internationalen Märkten sowie zwischen dem wirtschaftlichen und dem sportlichen Wettbewerb.

Die Monopolkommission untersucht im vorliegenden Gutachten die Zentralvermarktung unter Berücksichtigung der bisherigen Entscheidungspraxis. Das Zentralvermarktungsmodell der DFL enthält aus ihrer Sicht schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen (sogenannte Kernbeschränkungen). Sie empfiehlt, durch eine eindeutige gesetzliche Definition der vermarkteten Rechte klarzustellen, wem diese Rechte zustehen und welche Wettbewerbsbeschränkungen dadurch abgedeckt sind. Der Gesetzgeber kann dadurch für Rechtssicherheit sorgen.

Die Frage einer wettbewerblichen Rechtfertigung des relevanten Zentralvermarktungsmodells lässt sich auf Basis der bisherigen Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes nicht abschließend beurteilen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das Bundeskartellamt die Zentralvermarktung bisher nur vorläufig beurteilt und das Verfahren jeweils nach Entgegennahme von Verpflichtungszusagen beendet hat. Die Monopolkommission empfiehlt aus Gründen der Rechtssicherheit, die bisherige Praxis nicht weiter fortzusetzen, sondern das Verfahren künftig auf Basis umfassender Untersuchungen ohne die Annahme von Verpflichtungszusagen abzuschließen. Dadurch könnte auch dem Risiko vorgebeugt werden, dass sich die behördliche Entscheidung zu Lasten nicht verfahrensbeteiligter Dritter auswirkt. Insbesondere die Zuschauerpräferenzen sollten zukünftig vor der Billigung eines Vermarktungsmodells, an dem nur Vereine und Medien-anbieter beteiligt sind, genauer ermittelt werden (z. B. durch direkte Befragungen).

Die kartellbehördlichen Verfahren zur Zentralvermarktung sind in anderen EU-Mitgliedstaaten bisher in ähnlicher Weise geführt worden, unterscheiden sich jedoch zumeist in den von der jeweiligen Kartellbehörde beschlossenen Auflagen. Durch den internationalen Spielermarkt und die internationalen Vereinswettbewerbe bestehen allerdings Wechselwirkungen zwischen den jeweils von den nationalen Kartellbehörden zugelassenen Vermarktungsmodellen und der daraus bewirkten Finanzkraft der Vereine. Mit Blick auf diese internationalen Aspekte der Zentralvermarktung empfiehlt die Monopolkommission, dass die Europäische Kommission in Leitlinien zumindest allgemeine Grundsätze für die Definition von behördlichen Auflagen für die Durchführung von Zentralvermarktungen in der EU aufstellt.

Zentralvermarktung in der Fußball-Bundesliga

350. In Deutschland haben der Fußball und speziell die Übertragung der Spiele der Bundesliga und der 2. Bundesliga, des DFB Pokals und internationaler Wettbewerbe mit deutscher Beteiligung nicht nur eine hohe gesellschaftliche und sportliche, sondern ebenso eine hohe ökonomische Bedeutung. Die Vermarktung der Rechte für die Übertragung von Live-Spielen und die Zusammenfassungen der Höhepunkte erfolgt fast ausschließlich im Wege der zentralen Vergabe durch Organisationen des Profi-Fußballs, d. h. Die Liga – Fußballverband e. V. (Ligaverband) und Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL). Eine Einzelvermarktung, z. B. durch die Vereine als Veranstalter einzelner Sportereignisse, findet sich vereinzelt im europäischen Vereinsfußball, z. B. bei der Vermarktung der spanischen Primera Division bis 2015;[1] in Deutschland ist sie nicht üblich.

351. In den letzten zehn bis 15 Jahren haben die deutschen und europäischen Kartellbehörden die zentrale Vermarktung von Sportmedienrechten wiederholt überprüft. Die Europäische Kommission hatte in einer ersten Entscheidung im Jahr 2003 die Rechtevermarktung der UEFA genehmigt und anschließend 2003 bis 2005 die Zentralvermarktung durch die DFL untersucht.[2] Das Bundeskartellamt hatte die deutsche Zentralvermarktung im Anschluss in den Jahren 2007 bis 2008 und 2011 bis 2012 für die jeweils anstehenden Vermarktungsperioden überprüft.[3] Im Berichtszeitraum hat es die vom Ligaverband und der DFL abgegebenen Verpflichtungszusagen für die Zentralvermarktung ab der Saison 2017/18 durch Entscheidung vom 11. April 2016 für bindend erklärt (§ 32b GWB). Nach den abgegebenen Verpflichtungszusagen sollen die Übertragungsrechte für eine Verbreitung der relevanten Fußballspiele in einer Paketstruktur angeboten werden, wobei für die Live-Übertragungen erstmals ein Alleinerwerbsverbot (No-single-buyer Rule) gelten soll: Ein zweiter Bieter soll die Möglichkeit haben, zwischen 30 und 102 Bundesligaspiele (von insgesamt 306 Spielen) zusammen mit einer umfassenden Highlight-Berichterstattung zu übertragen.[4]

352. Die wiederholte Einholung von Verpflichtungszusagen in Bezug auf die jeweils anstehenden Vermarktungszeiträume stellen fortlaufende Markteingriffe dar. Zugleich bestehen weitreichende Unklarheiten: So ist bereits unklar, wer der Inhaber und was der Inhalt der Rechte ist, die Gegenstand der Zentralvermarktung sind. Weiterhin bestehen Unsicherheiten, wie die relevanten Märkte abzugrenzen und welche Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen sind. Rechtlich ist die Zentralvermarktung schwierig einzuordnen, weil die damit koordinierte Rechtebündelung Elemente eines Kartells hat und die Vermarktung der gebündelten Rechte mit einer Ausnutzung von Marktmacht einhergehen kann, zugleich aber auch mit Effizienzen, die den Verbrauchern zugute kommen. Schwierigkeiten bereitet es dabei abzugrenzen, welche Elemente der Zentralvermarktung zur Erzielung von Effizienzen erforderlich sind. Die Entscheidungspraxis hat insofern nur bedingt zur Klärung beigetragen, da die Kartellbehörden ihre Verfahren in der Regel nach der Abgabe von Verpflichtungszusagen aufgrund einer lediglich vorläufigen Beurteilung abgeschlossen haben.

353. Nachfolgend untersucht die Monopolkommission ausgehend vom Verfahren zum aktuellen Vermarktungsmodell der DFL die Zentralvermarktung von Übertragungsrechten im deutschen Profi-Fußball. Abschnitt 1 behandelt die Unklarheiten hinsichtlich der relevanten Produkte. In Abschnitt 2 wird die Abgrenzung der relevanten Märkte durch die Wettbewerbsbehörden dargestellt und eine eigene Untersuchung vorgenommen. In Abschnitt 3 geht die Monopolkommission auf die Rolle der Einnahmeverteilung im Rahmen der Zentralvermarktung ein, die ihrerseits als wettbewerblich ambivalent einzuschätzen ist. Eine tatbestandliche Einordnung der mit der Zentralvermarktung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen erfolgt in Abschnitt 4 und die Prüfung einer möglichen Freistellung in Abschnitt 5. Abschnitt 6 adressiert das Problem der unvollständigen Ermittlung in den wiederholt aufgrund von Verpflichtungszusagen beendeten Verfahren des Bundeskartellamts. Auf die internationalen Erfahrungen und die Kohärenz der Kartellrechtsanwendung wird in Abschnitt 7 eingegangen. Die Monopolkommission schließt diese Analyse in Abschnitt 8 mit einer zusammenfassenden Bewertung.

---

[1] Ein Überblick über Regelungen in anderen Ligen beinhaltet Abschnitt 7.1.

[2] EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA; Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFB.

[3] BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B 6-114/10 (Beschluss nach § 32b GWB); Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drs. 16/13500, 9, 37, 156 ff.; siehe dazu Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 541 ff.

[4] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15; Pressemitteilung vom 11. April 2016.

1 Unklarheiten hinsichtlich der relevanten Produkte (insbesondere Übertragungsrechte)

354. Die wettbewerbliche Beurteilung der Zentralvermarktung ist insbesondere deshalb schwierig, weil unklar ist, was das vermarktete Produkt ist und wer genau das Recht zu dessen Vermarktung hat. Die Unklarheit in beiden Fällen umfasst ein ganzes Bündel an Fragen:

- Hinsichtlich des relevanten Produkts ist unklar, ob bei der Prüfung auf die vermarkteten Übertragungsrechte oder eher auf die Möglichkeit zur Übertragung von Spielen (Sendeplätze) abgestellt werden muss. Bei einer Prüfung ausgehend von den Übertragungsrechten ist weiter fraglich, ob die betreffenden Rechte an dem Spiel selbst (Recht zur Übertragung) oder nur an der medialen Aufzeichnung und deren Verbreitung (Recht an der Übertragung) bestehen. Soweit es um ein Recht zur Übertragung geht, bestehen weiterhin Unsicherheiten, ob der Rechteinhaber nur die Übertragung selbst regeln oder auch den Empfang außerhalb des Übertragungsgebiets beschränken darf (vertragliche Verpflichtung zum sogenannten Geoblocking).[5]
- Hinsichtlich des Produktinhabers ist bei einer Prüfung ausgehend von den Übertragungsrechten unklar, ob lediglich die spielenden Vereine Inhaber vermarktungsfähiger Rechte sind oder ob die DFL bzw. der Ligaverband als Organisatoren der Bundesliga, der 2. Bundesliga und als Mitorganisatoren der anderen übertragenen Wettbewerbe eigene Rechte besitzen. Soweit auf Rechte der Vereine abgestellt wird, ist weiter ungeklärt, ob es ausschließlich auf das Recht des gastgebenden Vereins ankommt, in dessen Stadion das Spiel aufgezeichnet wird, oder auch der Verein der gegnerischen Mannschaft ebenfalls über die Vermarktung mitbestimmen darf. Schließlich ist unklar, welche Rolle es bei der Vermarktung spielt, dass andere an Spielen beteiligte Akteure (Spieler, Zuschauer) Rechte am eigenen Bild haben.

Diese Unklarheiten führen zu Problemen bei der Abgrenzung der relevanten Märkte, bei der Bestimmung des rechtlichen Beurteilungsmaßstabs (einseitiges/koordiniertes Verhalten, Bestimmung der Nachweisanforderungen) und der Abwägung von Effizienzen, die mit der Zentralvermarktung verbunden sein mögen. Die aufgeworfenen Fragen sind somit von zentraler Bedeutung.

355. Die Kartellbehörden haben bisher einen pragmatischen und lösungsorientierten Ansatz gewählt. Den bisherigen behördlichen Untersuchungen lag die Annahme zugrunde, dass auf die Rechte zur Übertragung von Fußballspielen als das aus wettbewerblicher Sicht maßgebliche Produkt abzustellen ist. Die Übertragung von Sportveranstaltungen ist zwar in Deutschland (und anderen EU-Mitgliedstaaten) urheberrechtlich nicht speziell geschützt.[6] Auch die europäische Satelliten- und Kabelrichtlinie betrifft nur Senderechte an geschützten Inhalten, sieht jedoch selbst kein Schutzrecht für solche Inhalte vor.[7] Die Kartellbehörden haben dennoch zugunsten der Verfahrensbeteiligten unterstellt, dass solche Rechte vorhanden sind und dass sie den Vereinen und möglicherweise auch den betroffenen Verbänden zustehen.[8] Unter diesen Annahmen wirkte sich die Unklarheit der Rechtesituation in den bisherigen kartellbehördlichen Untersuchungen zumindest im Ergebnis nicht aus. Daher konnte eine genauere Prüfung seitens der Kartellbehörden unterbleiben.

356. Die Europäische Kommission hatte in ihrer ersten Freistellungsentscheidung im Jahr 2003 angenommen, die gemeinsame Vermarktung von Medienrechten betreffe nur gewerbliche Rechte an durchgeführten sportlichen Wettkämpfen und nicht das vorgelagerte Recht zur Ausrichtung solcher Wettkämpfe.[9] Rechtsgegenstand war danach die Aufzeichnung der betreffenden Sportveranstaltungen (d. h. das Recht zur Übertragung).

---

[5] Dazu EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 u. C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, ECLI:EU:C:2011:631; zu dem Urteil auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1039 ff.

[6] Grund: Fehlen einer eigenen geistigen Schöpfung; siehe § 2 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG).

[7] Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. Nr. L 248 vom 6. Oktober 1993, S. 15.

[8] Abweichend insofern EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 u. C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, ECLI:EU:C:2011:631, Rz. 96-100 (maßgeblich, ob nach nationalem Recht urheberrechtlicher Schutz besteht).

[9] EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 129.

Die Europäische Kommission hatte in der Entscheidung 2003 außerdem offengelassen, wer Rechteinhaber sei, da der Verband neben den Vereinen bestenfalls Miteigentümer sein könne und schon deshalb die Kartellvorschriften zu prüfen seien.[10] Die Entscheidung der Europäischen Kommission zu den Medienrechten an der deutschen Bundesliga im Jahr 2005 folgte demselben Ansatz.[11]

357. Diese Entscheidungen der Europäischen Kommission sind mit der deutschen zivilgerichtlichen Rechtsprechung vereinbar, soweit diese bereits zur Zuordnung von Übertragungsrechten nach nationalem Recht zu entscheiden hatte. Nach der Rechtsprechung können die Sportvereine über ihr Hausrecht den Zugang zu Sportveranstaltungen und damit auch deren Aufzeichnung und Übertragung kontrollieren.[12] Alternativ wird diese Kontrollmöglichkeit aus allgemeinen wettbewerblichen Abwehrrechten des Veranstalters abgeleitet, wobei insofern allerdings nicht geklärt ist, ob neben den Vereinen auch ein Fußballverband eigene Rechte geltend machen kann (§ 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie §§ 823, 826 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)).[13]

358. Das Bundeskartellamt hat seine bisherigen Verfahren aufgrund von Verpflichtungszusagen abgeschlossen und musste sich in diesen Entscheidungen folglich nicht abschließend zur Rechtesituation äußern. Es hat die Rechtezuordnung zum Veranstalter nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung allerdings in seinem Beschluss des Jahres 2012 als nicht ausreichend und geeignet angesehen, um die Wettbewerbsbeziehungen auf dem relevanten Markt zu erfassen.[14] Diesbezüglich komme es vor allem auf die Frage an, ob die Rechte sich, über Einzelspiele hinaus, auch auf den Wert dieser Spiele als Teil der Gesamtheit aller Bundesligaspiele („Bruchteilswert“) beziehen. In der im Berichtszeitraum zuletzt ergangenen Entscheidung verzichtet das Bundeskartellamt unter Verweis auf seine frühere Entscheidung auf eine genauere Erörterung dieser Frage.[15]

359. Aus Sicht der Monopolkommission dürften die bisherige Rechtsprechung und der Ansatz des Bundeskartellamtes in keinem Widerspruch zueinander stehen. Die Rechtsprechung betrifft explizit die Frage, ob Rechte an der Übertragung von Sportereignissen bestehen können und wem diese Rechte zustehen. Das Bundeskartellamt unterstellt ebenfalls, allerdings implizit, dass es solche Medienrechte gibt, wobei diese Rechte den Vereinen zustehen sollen.

360. Allerdings kann der bisherige kartellbehördliche Prüfungsansatz hinterfragt werden, soweit er allein auf rechtlich nur undeutlich abgegrenzte Übertragungsrechte gestützt wird. Für die Zwecke der wettbewerblichen Prüfung dürften die folgenden Produkte gedanklich zu unterscheiden sein:

- Zum Einen kann die tatsächliche Möglichkeit zur Übertragung von Fußballspielen als vermarktetes Produkt angesehen werden. Fußballspiele als solche haben – ebenso wie sonstige Sportveranstaltungen – nicht nur einen sportlichen, sondern auch einen wirtschaftlichen Wert, welcher eine wirtschaftlich relevante Nachfrage nach diesen Spielen auf unterschiedlichen Märkten auslöst, z. B. von Stadionbesuchern, übertragenden Medien. Die (tatsächliche) Möglichkeit, die Spiele zu übertragen, wird den Medien im Austausch gegen entsprechende Sendeplätze angeboten.

- Zum Anderen kann das Recht zur medialen Verwertung von Fußballspielen (Übertragungsrecht) als vermarktetes Produkt angesehen werden. Derartige Rechte können den Vereinen und möglicherweise auch Verbänden zustehen und die mediale Verwertung von Spielen ermöglichen. Die Rechte werden gegen Entgelt angeboten.

---

10 EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 122-124.

11 EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFB, Tz. 22.

12 BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010, I ZR 60/09 – Hartplatzhelden.de, BGHZ 187, 255, Rz. 21 (zit. nach Juris).

13 Zur Rechtsprechung siehe BGH, Urteil vom 8.11.2005, Az. KZR 37/03, Rn. 25; Beschluss vom 14.03.1990, Az. KVR 4/88, Rn. 42; vgl. auch BVerfGE, Urteil vom 17.02.1998, Az. 1 BvF 1/91, Rn. 128; zur mögl. Veranstaltereigenschaft des Verbands BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1998, KVR 7/96 – Europapokalheimspiele, BGHZ 137, 297, Rz. 29-32 (zit. nach Juris).

14 BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B 6-114/10, Tz. 40.

15 BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 106; unter stärkerer Betonung der Einzelspiele aber dann Tz. 107: „Rechtlich verfügen die Vereine […] nur über das auf ihr Besitzrecht am Stadion gestützte Vermarktungsrecht der Heimspiele“.

Im Rahmen der Zentralvermarktung werden sowohl die Übertragungsmöglichkeit als auch das Übertragungsrecht vermarktet. Dabei ist die mediale Vermarktung von Fußballspielen mit dem Innehaben eines Übertragungsrechts aus Nachfragersicht verknüpft, d. h., das Recht ist ein notwendiger „Input“ für die Übertragung. Eine Prüfung, die lediglich von den Rechten ausgeht, kann wettbewerbliche Fehlannahmen begünstigen; insbesondere die Annahme, dass die Vereine schon deshalb keine Wettbewerber seien, weil kein Verein alleine über die Rechte an den vermarkteten Spielen bestimmen kann.[16] Dieser Annahme widerspricht, dass die Vereine durchaus um Sendeplätze konkurrieren, was auf ihr Verhältnis zueinander bei der Vermarktung von Übertragungsrechten zurückwirken dürfte.

361. Darüber hinaus ist hinsichtlich einer allein von den Rechten ausgehenden Prüfung problematisch, dass der Gesetzgeber ein Medienrecht an der Übertragung von Sportereignissen bisher gerade nicht festgelegt hat. Es ist auch zweifelhaft, ob es sich bei den bisher herangezogenen Abwehrrechten (Tz. 357) um solche Rechte handeln kann, da aus einem Abwehrrecht nicht ohne Weiteres ein positives Verwertungsrecht folgt.[17] Schließlich ist offen, weshalb für die kommerzielle Vermarktung von Fußballspielen (allein) die Abwehrrechte der Vereine und nicht etwa (auch) ähnliche Rechte anderer Rechtsträger relevant sein sollen, z. B. von Spielern oder Zuschauern.[18]

362. Die Monopolkommission legt ihren weiteren Ausführungen trotz der vorstehenden Bedenken den behördlichen Ansatz zugrunde, der sich – aufbauend auf der Zentralvermarktung von Übertragungsrechten als den maßgeblichen vermarkteten Produkten – sowohl auf EU-Ebene als auch in vielen Mitgliedstaaten etabliert hat. Dessen ungeachtet ist aus ihrer Sicht eine Vergabe von eindeutigen und unabhängig von bestimmten Vertragsbeziehungen bestehenden, d. h. absoluten Rechten, wo immer möglich, wettbewerbspolitisch zu befürworten.[19] Auch eine allgemeine gesetzliche Klarstellung der Vermarktungsrechte an Sportübertragungen wäre daher zu begrüßen.[20]

2 Relevante Märkte

363. Die Bestimmung der für die wettbewerbliche Prüfung relevanten Märkte ist auch dann schwierig, wenn man auf Basis des Ansatzes der Kartellbehörden von Märkten für Übertragungsrechte ausgeht und unterstellt, dass diese Rechte den Vereinen und möglicherweise auch Verbänden zustehen. Für die Marktabgrenzung gilt insofern der Grundsatz, dass die Prüfung von den Wettbewerbskräften ausgehen muss, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben.[21] Das bedeutet, dass grundsätzlich alle für die Prüfung relevanten Einzelmärkte zu ermitteln sind.[22]

364. Die Schwierigkeiten bei der Zentralvermarktung von Übertragungsrechten folgen daraus, dass im Rahmen der Marktabgrenzung unter Umständen nach der Marktstufe (z. B. Übertragungsrecht/Übertragung unter Nutzung des Rechts), den Übertragungskanälen (z. B. TV/Mobil/Internet) und dem Gegenstand der Übertragung (Einzelspiele der Ligen und in internationalen Wettbewerben; zusammenfassende Berichterstattung) differenziert werden muss. Die

---

16 In diese Richtung aber BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 107.

17 Zur Unterscheidung zwischen positiven Verwertungsrechten und Verbotsrechten vgl. in anderem Zusammenhang BKartA, Beschluss vom 8. September 2015, B6-126/14, Tz. 195.

18 Demgegenüber kann eine Betrachtung gerade der Nachfrage nach Sendeplätzen unter Umständen die Ermittlung der relevanten Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Vereinen und möglicherweise der Verbände erleichtern. Zur Unterscheidung von Produkt- und Rechtemärkten im Rahmen der Marktabgrenzung siehe auch EU-Kommission, Mitteilung, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2014, S. 1, Tz. 112, 261; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89 vom 28. März 2014, S. 3, Tz. 19 ff.

19 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 89.

20 Dabei ist anzuerkennen, dass die Zentralvermarktung eine Marktlösung darstellt, welche die Unsicherheiten hinsichtlich des Inhabers und des Inhalts der vermarkteten Rechte erheblich reduziert. Allerdings bedeutet dies für sich genommen nicht notwendigerweise, dass die mit der Zentralvermarktung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen durch damit einhergehende Verbrauchervorteile aufgewogen werden; dazu siehe unten Tz. 426 ff.

21 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 2.

22 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 10 ff.

zentrale Vermarktung von Übertragungsrechten ist allgemein in den Statuten des Deutschen Fußballbundes (DFB) und des Ligaverbandes angelegt. Allerdings werden in den Statuten den Vereinen auch dezentrale Vermarktungsmöglichkeiten für bestimmte Verwertungsformen, z. B. Highlights eigener Spiele auf einer Vereins-Webseite, eingeräumt.[23]

365. Im Folgenden stellt die Monopolkommission zunächst die Praxis der Kartellbehörden im Rahmen der Marktabgrenzung dar (Abschnitt 2.1) und stellt im Anschluss eine eigene Beurteilung der Marktverhältnisse entlang der relevanten Wertschöpfungskette vor (Abschnitt 2.2). Da die Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga vom Bundeskartellamt als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geprüft wird, befasst sich die Monopolkommission im Anschluss mit grundlegenden Unterschieden zur Einzelvermarktung (Abschnitt 2.2.2). Schließlich wird auf die wettbewerbsökonomische Bedeutung von Zusammenhängen zwischen der nationalen Rechtevermarktung und internationalen Ligen und Märkten eingegangen (Abschnitt 2.2.3).

2.1 Die relevanten Märkte in der Praxis der Wettbewerbsbehörden

366. Der relevante Markt bestimmt sich nach den Zielen des Wettbewerbsrechts in Bezug auf bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen.[24] Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist jedoch Tatsachenfrage, wobei es insbesondere auf die Produkte ankommt, die von der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden (Bedarfsmarktkonzept).[25]

367. Die Kartellbehörden haben in ihren bisherigen Entscheidungen einen flexiblen Ansatz gewählt und weitgehend offen gelassen, wie der relevante Markt oder die relevanten Märkte für die Vermarktung von Medienrechten an Fußballspielen in sachlicher Hinsicht abzugrenzen ist bzw. sind. Sie haben, soweit erforderlich, allerdings nach der Marktstufe, den Übertragungskanälen (TV mit Unterscheidung von Pay TV und Free TV, Mobil, Internet) und dem Übertragungsgegenstand (konkret erfasste Spiele) unterschieden.[26] Undeutlich erscheint die Entscheidungspraxis hinsichtlich der Frage, ob getrennte Märkte für Einzelspiele und für zusammenfassende Berichte abzugrenzen sind.

368. Die Europäische Kommission ist in ihren Entscheidungen von 2003 und 2005 von einem vorgelagerten Markt für die Vermarktung von Fernseh-Übertragungsrechten an ganzjährig stattfindenden Fußballereignissen ausgegangen. Dieser Markt umfasse vor allem die Rechte für die Liga- und Pokalwettbewerbe auf nationaler Ebene, die Champions League und den UEFA-Pokal.[27] Fernsehrechte für andere Sportarten oder andere Programmsparten wie Spielfilme könnten den Verhaltensspielraum der Inhaber der Verwertungsrechte an diesen Fußballwettbewerben nicht einschränken.[28] Entsprechende vorgelagerte Märkte hat sie für Internet-/Mobilfunk-Übertragungsrechte in Betracht gezogen.[29]

---

[23] Siehe zu den entsprechenden Regelungen die Richtlinie zur individuellen Verwertung und Vermarktung medialer Rechte von den Spielen der Bundesliga und 2. Bundesliga („Individualvermarktungsrichtlinie"), http://www.bundesliga.de/de/dfl/statuten/, Abruf am 29. Juni 2016.

[24] Siehe näher EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9 Dezember 1997, S. 5, Tz. 10.

[25] EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9 Dezember 1997, S. 5, Tz. 15 ff.

[26] Problematisch insofern allerdings BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 90, wo die Märkte Free- und Pay-Verwertung, Live- und Highlight-Berichterstattung oder lineare und On-Demand-Verwertung auf Basis eines Arguments der Angebotsumstellungsflexibilität zusammengefasst werden; dazu siehe noch unten Tz. 381 f.

[27] EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 56 ff., 79.

[28] EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 77.

[29] EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 81 ff.

369. Hinsichtlich der nachgelagerten Märkte hat die Europäische Kommission offen gelassen, ob getrennte Märkte für Fernsehübertragungen im Pay TV und im Free TV abzugrenzen seien.[30] Hiervon zu unterscheiden seien jedenfalls andere Konkurrenzverhältnisse, z. B. in Bezug auf Sponsoren, Stadionwerbung, Fanartikel und Spieler.[31]

370. Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung 2012 einen vorgelagerten Markt für die Übertragungsrechte an ganzjährig regelmäßig ausgetragenen Fußballwettbewerben als den sachlich relevanten Markt abgegrenzt. Zu diesem Markt zählen die Spiele der Bundesliga und der 2. Bundesliga, die Spiele des DFB-Pokals, der UEFA Champions League und jene der UEFA Europa League mit deutscher Beteiligung.[32] Wie die Marktabgrenzung in Bezug auf Fernsehrechte für andere Sportarten vorzunehmen ist, konnte in dieser Entscheidung offen gelassen werden.

371. Hinsichtlich der nachgelagerten Märkte hat auch das Bundeskartellamt zunächst offen gelassen, ob zwischen Übertragungen im Pay TV und im Free TV zu unterscheiden sei, und sich später grundsätzlich für eine solche Unterscheidung ausgesprochen.[33]

2.2 Überlegungen der Monopolkommission zur Abgrenzung der relevanten Märkte

372. Die Monopolkommission hat sich ihrerseits mit den relevanten Marktkräften auseinandergesetzt, um die Wettbewerbsbedingungen im Zusammenhang mit einer bestimmten Vermarktungsform zu identifizieren und gegebenenfalls den Schaden einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können. Die nachfolgende Betrachtung soll, losgelöst von den konkreten Feststellungen der Kartellbehörden, die Rolle der Wertschöpfungsstufen in Bezug auf die wettbewerblichen Wirkungen der Zentralvermarktung veranschaulichen. Auf dieser Basis lässt sich in der Folge eine Abgrenzung der relevanten Produktmärkte anhand des Bedarfsmarktkonzeptes vornehmen.

373. Dabei sieht die Monopolkommission vor allem drei Problembereiche, die für die Marktabgrenzung von Bedeutung sind: die Bedeutung nachgelagerter Marktstufen für die Abgrenzung des Rechtemarktes (Abschnitt 2.2.1), die fragliche Abgrenzung von Einzelspielen und gebündelter Berichterstattung (Abschnitt 2.2.2) und die mögliche Bedeutung ausländischer Märkte für die Vermarktung von Übertragungsrechten im Inland (Abschnitt 2.2.3).

2.2.1 Bedeutung nachgelagerter Marktstufen für den Rechtemarkt

374. Die Bedeutung nachgelagerter Marktstufen für die Abgrenzung des Rechtemarktes ergibt sich aus einer Berücksichtigung der Wertschöpfungskette vom Rechteinhaber über die Medien bis zum Zuschauer, der die durch die Medien übertragenen Fußballspiele konsumiert. Ausgangspunkt der Wertschöpfungskette sind die Anbieter von Rechten im Bezug auf die Übertragung von Fußballspielen, z. B. der Fußball-Bundesliga. Anbieter solcher Rechte können die Vereine (Einzelvermarktung) bzw. eine gemeinsame Organisation der Vereine (Zentralvermarktung) sein, die das Übertragungsrecht an einzelnen oder mehreren Begegnungen gegenüber den Anbietern von Medienprodukten („Medienanbietern") auf der Nachfrageseite vermarkten. Ein Medienanbieter erwirbt die Befugnis, unter Nutzung der Rechte Medieninhalte herzustellen, die ihrerseits über eine mehrstufige Leistungskette bis zum Endkunden vertrieben werden. Die Wertschöpfungsstufen betreffen insbesondere die Produktion eines Bewegtbild-Signals, die Einbindung in ein zu produzierendes Sportprogramm, die Vermarktung durch eine Medien-Plattform (z. B. Fernsehsender, Web-TV) an den Endkunden und die Verbreitung durch eine Kommunikationsinfrastruktur.[34]

---

30 EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Tz. 80; ebenso Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFB, Tz. 22 f. Dabei wurde zutreffend angenommen, dass Free-TV-Übertragungen trotz Unentgeltlichkeit marktrelevant sein können; siehe zu dieser Frage auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 56; sowie im vorliegenden Kontext BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 133.

31 EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, 37.398 – UEFA, Fn. 54 und Tz. 128 f. Siehe allgemein zu den Wettbewerbsverhältnissen im Profi-Fußballs auch jüngst EU-Kommission, Fälle SA.29769 (Steuervorteile für Real Madrid CF, FC Barcelona, Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna), SA.33754 (Real Madrid) und SA.36387 (Valencia, Hercules und Elche).

32 BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 28.

33 BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 28; Beschluss vom 16. April 2016, B6 - 32/15, Tz. 94, 98 ff.; siehe auch unten Tz. 382. Die italienische Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) hat in ihrer Entscheidung 2016 Pay und Free TV als unterschiedliche Märkte gesehen; siehe AGCM, Pressemitteilung vom 20. April 2016.

34 Informativ insofern: schweiz. WEKO, Presserohstoff vom 24. Mai 2016, 32-0243 – Sport im Pay-TV.

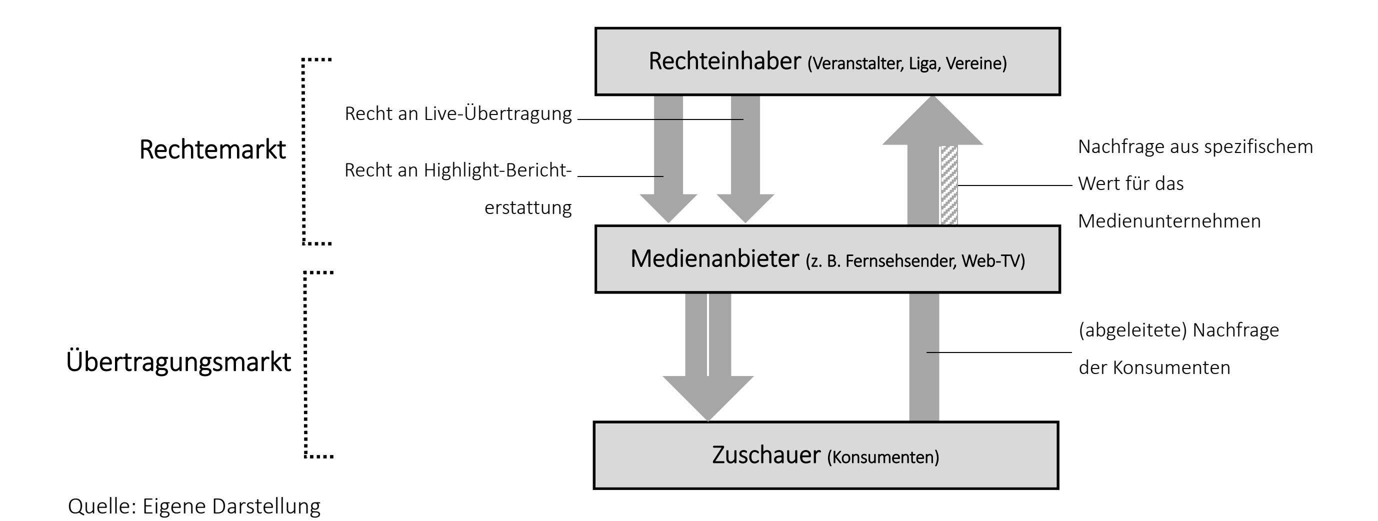
375. Grundsätzlich kann der Rechteinhaber (ein Verein bzw. Verband) mehrere dieser Produktionsschritte auch selbst übernehmen und ein integriertes Produkt vermarkten. Beispielsweise lässt die DFL das Bewegtbild-Signal der Bundesligaübertragung seit 2006 durch ihre Tochter Sportcast GmbH selbst produzieren. Möglich ist auch, dass der Rechteinhaber die gesamte vertikale Leistungskette in seine eigene Produktion integriert und direkt ein Endkundenprodukt vermarktet. In diesem Fall muss der Rechteinhaber selbst eine Sportübertragung produzieren und übertragen. Ein Beispiel dafür wäre die vereinsbezogene Vermarktung von Bewegtbildinhalten auf der Webseite eines Vereins.[35] Live-Übertragungen von Bundesligaspielen beinhalten diese Angebote bisher jedoch nicht. Insgesamt besitzen diese vollintegrierten Organisationsformen bisher nur geringe Bedeutung.

376. Eine Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte erfolgt auf Basis des Bedarfsmarktkonzeptes, demzufolge wird vor allem auf die Substitutionsmöglichkeiten aus Sicht der Nachfrager abgestellt wird. Um die relevante Nachfrage für die Sportrechte für Zwecke der Marktabgrenzung abzubilden, ist es zunächst konzeptionell hilfreich, die Leistungskette – stark vereinfacht- auf zwei Stufen aggregiert zu betrachten:

- Die erste Stufe bildet der sogenannte „Rechtemarkt". Dieser Markt betrifft die Vermarktung der Rechte durch die jeweiligen Rechteinhaber gegenüber Medienanbietern. Er kann theoretisch neben dem Übertragungsrecht auch weitere Bestandteile der Leistungskette, insbesondere die Produktion des Bewegtbild-Signals enthalten.
- Die zweite Stufe bildet der sogenannte „Übertragungsmarkt". Die Medienanbieter schaffen aus den auf dem Rechtemarkt erworbenen Rechten und sonstigen Teilprodukten ein von den Endkunden, z. B. Fernsehzuschauern, konsumierbares audiovisuelles Endprodukt (Sportübertragung).

Um die relevante Nachfrage für die Sportrechte für Zwecke der Marktabgrenzung abzubilden, ist es zunächst konzeptionell hilfreich, die Leistungskette – stark vereinfacht- auf zwei Stufen aggregiert zu betrachten (Abbildung I.2).

Abbildung I.2: Angebots- und Nachfrageeffekte der Wertschöpfungskette bei Sportrechten mit Relevanz für die Marktabgrenzung



Quelle: Eigene Darstellung

377. Auf Basis dieses konzeptionellen Ansatzes lässt sich nun die Nachfrage nach Übertragungsrechten genauer identifizieren. Auf dem Rechtemarkt bieten Medienplattformen für die Übertragungsrechte. Der Wert dieser Rechte bemisst sich nach der zu antizipierenden Nachfrage der Zuschauer für das Endprodukt einer Sportübertragung. Deshalb entspricht die Nachfrage der Medienplattformen nach Sportrechten zu einem erheblichen Teil der Nachfrage der Zuschauer nach der jeweiligen Sportübertragung auf dem Übertragungsmarkt. Eine Analyse der Nachfrage nach Sportrechten sollte daher die Nachfrage auf dem Endkundenmarkt – dem Übertragungsmarkt – ebenfalls erfassen, um die wettbewerblichen Wirkungen korrekt abzubilden.

---

[35] Z. B. bietet der FC Bayern München über die Webseite FCB.TV ein eigenes Angebot mit Spielausschnitten.

378. Darüber hinaus wird die Nachfrage der Akteure auf dem Rechtemarkt in der Regel von weiteren Faktoren beeinflusst, die einen spezifischen Synergiewert der Sportübertragung für die weiteren Angebote der jeweiligen Medienplattform ausdrücken. Beispielsweise wird ein Anbieter, der sich verschiedene Übertragungsrechte sichert, in die Lage versetzt, diese als Bündelangebote zu veräußern (z. B. verschiedene Sportereignisse durch das Angebot zum Abonnement eines Pay-TV Sportkanals). Auch kann der Medienanbieter bezwecken, durch die Sportübertragung einen Werbeeffekt für seine Marke bzw. sein Programm zu erzielen, sodass die Sportübertragung die Nachfrage für weitere Angebote beeinflusst. Wie bedeutsam der Anteil des spezifischen Wertes eines Medienanbieters für die Nachfrage nach Sportrechten insgesamt einzuschätzen ist, lässt sich nur schwer bemessen.

379. Betrachtet man insbesondere die derzeit typische Leistungskette mit einem Vorprodukt auf dem Rechtemarkt und dem von den Medien angebotenen Endprodukt auf dem Übertragungsmarkt, dann stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Märkte sachlich weiter zu differenzieren sind. In Bezug auf die Produkte dürften sich aus Nachfragesicht zunächst die Live-Übertragungsrechte der Spiele von einer im Anschluss stattfindenden Berichterstattung über die Highlights unterscheiden lassen. Die Rechte für Live-Übertragungen sowie für eine anschließend mögliche Übertragung einer Zusammenfassung der Highlights sind aus Sicht von Medienanbietern komplementär verfügbare Koppelprodukte.[36] Berücksichtigt man zusätzlich aber die aus dem Übertragungsmarkt abgeleitete Nachfrage nach beiden Produkten, dann bestehen aus Sicht der Zuschauer gewisse Substitutionsbeziehungen zwischen dem Angebot einer Live-Berichterstattung und einer zusammenfassenden Berichterstattung. Dies wird vor allem durch das öffentlich kommunizierte Interesse der Anbieter von Live-Übertragungen deutlich, Zusammenfassungen im Free-TV erst mit einem möglichst großen zeitlichen Abstand zum Live-Spiel zu zeigen.[37] Es ist somit davon auszugehen, dass zumindest ein Teil der Zuschauer bereit ist, ab einem bestimmten Preis der Live-Übertragung, diese durch den Konsum der Highlight-Berichterstattung zu ersetzen. Daher ist von einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis zwischen Live-Übertragung und Highlight-Berichterstattung auszugehen.[38]

380. Übertragungsrechte können für bestimmte Nachfragergruppen differenziert nach medialen Verbreitungswegen vermarktet werden. Neben der Verbreitung über das deutschlandweit empfangbare Fernsehen im Free- oder Pay-TV sind in den letzten Jahren auch durch digitale Übertragungskanäle weitere Wege erschlossen worden. Hierzu gehören z. B. spezielle Pay-TV-Kanäle innerhalb der geschlossenen Kabelnetze, die Fernsehübertragung über das Internet-Protokoll durch Telekommunikationsgesellschaften und die OTT-Anbieter die auf Basis der allgemein zugänglichen Internetübertragungsstruktur eigene audiovisuelle Streaming-Angebote platzieren. Aufgrund der zunehmenden technischen Verbreitung der über das gewöhnliche terrestrische, Kabel- und Satellitenfernsehen hinaus zur Verfügung stehenden neuen Verbreitungswege werden die darüber gesendeten Angebote aus Sicht der Kunden allerdings zunehmend austauschbar. Damit sind die Anbieter unterschiedlicher Technologien auch zunehmend in der Lage, auf dem Rechtemarkt in Konkurrenz zu treten.[39] Dies legt nahe, dass mittelfristig in Bezug auf die Verbreitungswege von einem gemeinsamen Markt auszugehen ist.

381. Fraglich ist, ob der Umstand, dass die DFL und der Ligaverband als Anbieter von Übertragungsrechten die Möglichkeit haben, ihr Angebot über den Zuschnitt der Übertragungslizenzen an die jeweilige Nachfrage anzupassen (sogenannte Angebotsumstellungsflexibilität), neben der Nachfrage als eigenständiger Wettbewerbsfaktor zu berücksich-

---

[36] Koppelprodukte sind in diesem Zusammenhang Produkte, die simultan in einem Produktionsprozess hergestellt werden. Ihre Produktion ist also technologisch verbunden, da mit dem einen stets auch das andere Produkt produziert wird.

[37] Vgl. Bundesliga stellt ARD-Sportschau infrage; Die Welt (23. Juni 2007); http://www.welt.de/sport/article969418/Bundesliga-stellt-ARD-Sportschau-infrage.html, Abruf am 29. Juni 2016.

[38] Das Bundeskartellamt nimmt demgegenüber an, dass beide Produkte einen gemeinsamen Markt darstellen; vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 90.

[39] Die Europäische Kommission hatte in der Vergangenheit unterschiedliche Märkte für Lizenzrechte an unterschiedliche Abnehmermedien angenommen. Sie hat diese frühere Einschätzung zuletzt allerdings im Bezug auf das Angebot für Übertragungsrechte bei TV-Produktionen in Frage gestellt, da die Nachfrager unterschiedlicher Technologien nicht abgrenzbar seien. Zwar sind von dieser Einschätzung zunächst Sportrechte (und Spielfilme) ausgenommen; dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass sie für diese eigenen sachlich relevanten Märkte keine neuen Ermittlungen durchgeführt hat; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 16. September 2014, M.7282 – Liberty Global/Discovery/All3Media, Tz. 46 f.

tigen ist. Voraussetzung wäre, dass von solchen Anpassungen eine disziplinierende Wirkung auf das bestehende Angebot ausgeht.[40] Denkbar ist eine solche Disziplinierungswirkung, wenn andere Anbieter mit ihrem Leistungsangebot zwar nicht die konkrete Nachfrage befriedigen, aber das Angebot durch eine geringfügige und kurzfristige Angebotsänderung an die Nachfrage anpassen können.[41] Im Rahmen der Zentralvermarktung gibt es auf dem Rechtemarkt aber nur ein einziges (koordiniertes) Angebot. Der Umstand, dass DFL und der Ligaverband selber in der Lage sind, Free- und Pay-Rechte sowie Live- und Highlight-Rechte durch den zeitlichen und inhaltlichen Zuschnitt der Rechtepakete sowie durch das Ausmaß der Exklusivität zumindest teilweise in ein Wettbewerbsverhältnis zueinander zu bringen, dürfte lediglich deren Anpassung des eigenen Angebots an die Nachfrage widerspiegeln und für die Abgrenzung des Rechtemarktes ohne Bedeutung sein.[42]

382. Dagegen lässt sich nicht ausschließen, dass Angebotsumstellungsflexibilität auf dem nachgelagerten Übertragungsmarkt relevant sein könnte. Die Medienanbieter auf dem Übertragungsmarkt sind zum Teil auf mehrseitigen Märkten tätig, da sie einerseits bei ihrem Angebot von Sportübertragungen im Wettbewerb stehen, sich andererseits über unterschiedliche Wege finanzieren (Zuschauer/Werbung/Gebühren). Daraus folgt die Möglichkeit, sich sowohl bei den Geboten für Übertragungsrechte als auch durch Anpassungen auf der Finanzierungsseite wechselseitig zu disziplinieren. Medienanbieter werden ihr Sportangebot bestmöglich vermarkten, sodass sich gegenüber den Zuschauern die in einer Gesamtschau attraktivsten Angebotsmodelle (z. B. „Free“ mit hohem bzw. „Pay“ mit geringem Werbeanteil) durchsetzen werden. Solange jedoch die gleichen Rechte beschränkt auf Free- und Pay-TV parallel vergeben werden, spricht dies dafür, dass die wechselseitige Disziplinierung auf dem Übertragungsmarkt nicht so stark ausgeprägt ist, dass sie auf den Rechtemarkt zurückwirkt und dort zu einer einheitlichen Nachfrage bei den Geboten auf Übertragungsrechte führt.

383. Eine weitere offene Frage ist, ob im Rahmen der Marktabgrenzung auf dem Rechtemarkt auch zwischen den Sportveranstaltungen, die Gegenstand des Sportrechteprodukts sind, zu differenzieren ist. Die Marktabgrenzung der Kartellbehörden bezieht sich auf einen einheitlichen Markt für die Übertragungsrechte an ganzjährig regelmäßig ausgetragenen Fußballwettbewerben. Diese Fußballwettbewerbe beinhalten in Deutschland neben der Fußball Bundesliga und der 2. Bundesliga auch die Wettbewerbe im DFB-Pokal (Anbieter: Deutscher Fußball Bund) sowie die europäischen Wettbewerbe „Champions League“ und „Europa League“ (Anbieter: UEFA). Einzelne Profifußballvereine treten in mehreren Wettbewerben parallel an. Der unterschiedliche Modus der Wettbewerbe (Meisterschaft / Play-Offs), die verschiedenen Gegner und die verschiedenen erzielbaren Titel, die bei diesen Wettbewerben gewonnen werden können, sprechen außerdem dafür, dass die Übertragungen dieser sportlichen Wettbewerbe aus Zuschauersicht überwiegend als komplementär und nicht als austauschbar angesehen werden. Aus Sicht der Medienanbieter, die durch die vorgenannten spezifischen Nachfragemotive bestimmt wird, besteht zwar eine grundsätzliche Austauschbarkeit dieser Übertragungsrechte. Bei einer Gesamtschau der ökonomischen Beziehungen unter Einbeziehung der Zuschauersicht kann jedoch in Betracht gezogen werden, dass für die verschiedenen Wettbewerbe eigene sachlich relevante Märkte anzunehmen sind.[43]

384. Die Abgrenzung der relevanten Märkte erfordert grundsätzlich eine Prüfung des konkreten Nachfrageverhaltens, unter Umständen durch empirische Untersuchungen.[44] Solche Untersuchungen wurden bisher nur in einem begrenzten Umfang und vorrangig auf dem Rechtemarkt durchgeführt, aber nicht auf dem Übertragungsmarkt. Hintergrund

---

[40] EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 20, siehe auch Tz. 14: „competitive constraints arising from supply side substitutability".

[41] Thomas in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, § 36 Rz. 118; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Band 1 EU/Teil 1, Art. 102 AEUV, Rz. 64.

[42] Anders BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 90.

[43] Auch die Europäische Kommission hatte bereits 2007 eine tiefere Abgrenzung der Fußballmärkte nach dem konkreten Fußballereignis in Erwägung gezogen. Allerdings hat sie in diesem Zusammenhang auch eine mögliche Aufteilung in Märkte mit jährlichen und stärker intermittierenden Events angesprochen. Letztlich hat die Europäische Kommission die Marktabgrenzung im konkreten Fall offen gelassen; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Januar 2007, Case No COMP/M.4519 Lagardere / Sportfife, Rn. 10.

[44] EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, a. a. O., Tz. 17, 37 ff.

dieses Vorgehens dürfte gewesen sein, dass die behördlichen Verfahren in der Regel aufgrund einer vorläufigen Beurteilung geführt und durch Entgegennahme von Verpflichtungszusagen abgeschlossen wurden, sodass es einer umfassenden Analyse der Wettbewerbsverhältnisse nicht bedurfte. Eine hinreichend detaillierte Marktanalyse, die zur Klärung der vorgenannten offenen Fragen beitragen würde, steht somit bislang noch aus. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner jüngsten Entscheidung zwar Stellungnahmen von Marktteilnehmern zum vorgeschlagenen Vermarktungsmodell eingeholt, aber darüber hinaus auf Maßnahmen wie z. B. eine allgemeine Zuschauerbefragung verzichtet.[45]

385. Die Monopolkommission hält genauere Marktuntersuchungen in künftigen Verfahren zur Prüfung von Vermarktungsmodellen für erforderlich. Sie empfiehlt, im Rahmen dieser Marktuntersuchungen ein besonderes Augenmerk auf die empirische Untersuchung der Zuschauernachfrage auf den Übertragungsmärkten und auf den Zusammenhang zwischen Rechte- und Übertragungsmärkten zu legen.

2.2.2 Abgrenzung von Einzelspielen und gebündelter Berichterstattung unter Annahme vereinsbezogener Rechte

386. Auf Grundlage des herkömmlichen Verständnisses der Kartellbehörden werden im Rahmen der Zentralvermarktung die bei den Vereinen liegenden Übertragungsrechte durch einen zentralen Vermarkter neu gebündelt. Dies kann dann ein wettbewerbliches Problem darstellen, wenn durch die zentrale Vermarktung ein möglicher Wettbewerb zwischen den bei Einzelvermarktung vorliegenden Rechtepaketen ausgeschlossen wird. Eine grundsätzliche Bedeutung besitzt deshalb speziell die Frage, ob die im Rahmen der Einzelvermarktung angebotenen Rechte an Einzelspielen bzw. der gebündelten Berichterstattung an Spielen untereinander im Wettbewerb stehen oder ob es sich jeweils um eigenständige relevante Märkte handelt.

387. Wie im vorausgegangenen Abschnitt 2.2.1 dargestellt wurde, leitet sich die Nachfrage auf dem Rechtemarkt zum einen aus der Nachfrage der Zuschauer auf dem Übertragungsmarkt, zum anderen aus dem spezifischen Wert des Rechteproduktes für Medienanbieter ab. Eine Prüfung des relevanten Marktes sollte auch hier unter Berücksichtigung der Austauschbarkeit aus Sicht beider Nachfragergruppen erfolgen.

388. Unter den Faktoren, welche die Nachfrage auf dem Rechtemarkt beeinflussen, dürfte die Zuschauernachfrage besonders wichtig sein. Diese Nachfrage sollte zwar grundsätzlich vom Nutzen getrieben sein, der aus Zuschauersicht mit bestimmten Übertragungsformaten verbunden ist, allerdings scheint es noch weitere Einflussfaktoren zu geben. So wird etwa die Wahrnehmung möglicher Produkte durch die Zuschauer laut Umfragen zu Marketingzwecken von der Angebotsstruktur der TV-Übertragung der Bundesliga beeinflusst (z. B. Highlights aller Spiele um 18:30 Uhr im Free-TV, insbesondere etabliert hat sich hier die „Sportschau“). Diese hat sich in der Vergangenheit über lange Zeit kaum verändert.

389. Im Rahmen der gegenwärtigen Übertragungssituation erscheint es plausibel, dass hinsichtlich des Zuschauerverhaltens differenziert werden muss, je nachdem, ob es sich bei den Zuschauern um Fans eines bestimmten Vereins oder um Zuschauer mit primärem Interesse am Ligageschehen und mit geringerer Vereinsbindung handelt. So dürften Zuschauer beider Gruppen zwar einzelne Spiele als Live-Übertragung und einen weiteren Teil als Highlight-Berichterstattung verfolgen.[46] Insofern dürfte ein komplementäres Zuschauerinteresse an beiden Übertragungsformaten bestehen. In Bezug z. B. auf die Erstliga-Begegnungen einer Saison in der Bundesliga ist aber weiterhin zu erwarten, dass das Zuschauerinteresse beider Gruppen nicht über die Vielzahl der Begegnungen und über die Produkte „Live-Übertragung“ und „Zusammenfassung“ hinweg gleichermaßen hoch ausfällt. Je geringer der komplementäre Nutzen zweier Übertragungen innerhalb der jeweiligen Zuschauergruppe ausfällt, desto eher können auch wettbewerbliche Substitutionsbeziehungen auftreten.

390. Ein Einfluss auf eine mögliche Substitutionsbeziehung besitzt auch die Spielplanansetzung. Im Fall einer parallelen Ansetzung von Partien ist beispielsweise ein komplementärer Konsum der Live-Übertragungen dieser Spiele (ohne Konferenz) nicht möglich. Für die Marktabgrenzung spielt daher auch die Beeinflussbarkeit des Spielplanes bzw. der

---

[45] Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 68 ff.

[46] Das Produkt „Live-Konferenz“ stellt ein Zwischenprodukt dar, dessen Wirkungen zum Teil denen der Live-Übertragungen und zum Teil der Highlight Berichterstattung entspricht. Es wird aus Gründen der Vereinfachung nicht weiter betrachtet.

zeitlichen Ansetzung der Spiele eine Rolle.[47] Die Highlight-Berichterstattung kann allerdings mit einem variierbaren Zeitabstand im Anschluss zur Austragung des Spiels erfolgen, sodass ein komplementäres Angebot möglich ist.

391. Auf Basis der vorgenannten Überlegungen lassen sich Substitutionswirkungen wie folgt annehmen:

- Ein Teil der Zuschauer ist Fan eines bestimmten Bundesligavereins. Von dieser Gruppe ist anzunehmen, dass sie ein besonderes Interesse an den Spielen des „eigenen Vereins" besitzt. Darüber hinaus dürfte in der Regel jedoch auch ein abgestuftes Interesse an den sportlichen Wettbewerbern und allgemein am Ligageschehen bestehen.[48] Das komplementäre Interesse an Live-Übertragungen der Begegnungen des eigenen Vereins dürfte bei dieser Gruppe gleichwohl dominieren. Verschiedene Einzelspiele dieses Vereins dürften zudem untereinander kaum Substitutionspotenzial besitzen. Die Live-Übertragungen der Spiele anderer Vereine sollten aus Sicht dieser Fans gegenüber denen des eigenen Vereins nur schwache Substitute darstellen. Soweit dies der Fall ist, konsumieren sie andere Begegnungen wohl vielmehr komplementär. Zwischen diesen Begegnungen dürfte in einem weitgehenden Maße wiederum Austauschbarkeit anzunehmen sein, da das allgemeine Interesse am Ligageschehen weniger als beim eigenen Verein auf bestimmte Begegnungen ausgerichtet ist. Die Highlight-Berichterstattung bedient verstärkt dieses Bedürfnis, das Ligageschehen zu verfolgen.

- Eine zweite Gruppe umfasst Zuschauer, die eine weniger starke Bindung zu einem einzelnen Verein haben. In diese Gruppe dürften auch Fans unterschiedlicher Vereine gefasst werden können, die situationsabhängig Übertragungen gemeinsam verfolgen, z. B. in Gaststätten. Auch wenn für diese Zuschauer unterschiedliche Begegnungen zwar nicht immer die gleiche Attraktivität besitzen, wählen diese Zuschauer doch ein für sie passendes Spiel nach dessen Preis-/Qualitätsverhältnis aus. Ein Wettbewerbsverhältnis ist hier anzunehmen.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die einzelnen Bundesliga-Begegnungen vor allem für die erste Gruppe lediglich schwache Substitute darstellen dürften. Soweit die Zahlungsbereitschaft der Bieter für Übertragungsrechte durch die Nachfrage der Zuschauer bestimmt wird, ist ein Angebot für die Rechte an Einzelspielen nur in sehr bedingtem Umfang Wettbewerb durch andere Spiele ausgesetzt. Der Anbieter von Einzelspielen verfügt über Marktmacht, die durch eine Vereinbarung wie bei einer Zentralvermarktung allenfalls geringfügig verstärkt wird. Demgegenüber dürften für die zweite Gruppe der Zuschauer in größerem Umfang Wettbewerbsbeziehungen im Rahmen der Einzelvermarktung anzunehmen sein.

392. Neben der Zuschauernachfrage auf dem Übertragungsmarkt ist die Wirkung der spezifischen Nachfragemotive der Bieter auf dem Rechtemarkt bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Medienanbieter, die Fußballübertragungen dazu nutzen wollen, die Attraktivität ihre Marke oder ihres übrigen Angebots zu erhöhen, orientieren sich wie gesagt am erwarteten Zuschauerinteresse. Aus Sicht eines Medienanbieters dürften allerdings die Synergien zwischen einer Fußballübertragung und anderen Produkten in der Regel nicht von der Fan-Zugehörigkeit der Zuschauer abhängen. Dies spricht dafür, dass die Spiele verschiedener Vereine aus Sicht der Bieter auf dem Rechtemarkt oftmals untereinander austauschbar sein sollten. Speziell mit Blick auf die spezifischen Motive der Medienanbieter sollten daher wettbewerbliche Substitutionsmöglichkeiten bei der Vermarktung der Einzelspiele anzunehmen sein.

393. Die eingeschränkten Austauschbeziehungen zwischen einzelnen oder zwischen vereinsbezogenen Übertragungsangeboten aus Sicht der Zuschauer, und die spezifischen Interessen der Medienanbieter sprechen nach dem Verständnis der Monopolkommission dafür, dass im Rahmen der Einzelvermarktung tendenziell ein größeres wettbewerbliches Disziplinierungspotenzial als bei der Zentralvermarktung anzunehmen sein sollte. Eine Überprüfung der hier getroffenen Annahmen dürfte sich allerdings nur durch empirische Untersuchungen anlässlich der Prüfung eines konkreten Vermarktungsmodells vornehmen lassen.

---

[47] Die Festsetzung des Spielplans erfolgt durch den Verband und stellt ebenfalls eine möglicherweise kartellrechtlich überprüfbare Kooperation der Vereine da. Diese soll jedoch an dieser Stelle nicht im weitergehend analysiert werden.

[48] Durch das Einzelspiel wird deshalb das Bedürfnis befriedigt, das Ligageschehen als Ganzes zu verfolgen, weshalb das Bundeskartellamt von einem entsprechenden Bruchteilswert eines Fußballspiels ausgeht, vgl. Abschnitt 2.1.

2.2.3 Auswirkungen der Inlandsvermarktung auf internationale Wettbewerbe

394. Die Vermarktung der zwischen deutschen Vereinen ausgetragenen Fußballwettbewerbe, Bundesliga, 2. Bundesliga und DFB-Pokal, stellen nach dem Ergebnis der Marktanalyse des Bundeskartellamtes einen einheitlichen und nationalen relevanten Markt dar.[49] Ein Wirkungszusammenhang der Effizienz der Vermarktung dieses nationalen Marktes mit der Effizienz anderer internationaler Märkte wird hingegen nicht explizit betrachtet. Dies dürfte im Wesentlichen darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei der Inlandsvermarktung der Rechte für die Übertragung nationaler sportlicher Wettbewerbe um Spiele deutscher Vereine für in Deutschland wohnhafte Zuschauer handelt. Sofern die Zentralvermarktung und ein möglicherweise geringerer Wettbewerb bei der Rechtevermarktung mit Ineffizienzen einhergehen, führt dies in diesem Markt zu einer Senkung der Wohlfahrt bei deutschen Zuschauern. Vergleichbare Leistungsketten liegen bei der inländischen Sportrechtevermarktung in anderen Staaten vor.

395. Demgegenüber wird vonseiten der Bundesligavereine häufig der Wettbewerb zwischen den nationalen europäischen Top-Ligen hervorgehoben, um die Notwendigkeit inländischer Einnahmeerzielung zu begründen.[50] Ein solcher internationaler sportlicher Wettbewerb zwischen den Vereinen unterschiedlicher nationaler Ligen findet vor allem auf der Ebene internationaler Wettbewerbe statt – insbesondere die wirtschaftlich wichtige UEFA Champions League und die Europa League –, die gewöhnlich parallel zur vermarkteten Bundesliga laufen.

396. Hinsichtlich der Frage nach der Marktbedeutung des sportlichen Wettbewerbs außerhalb Deutschlands können Besonderheiten des Profifußballs eine Rolle spielen. Ein wirtschaftlich bedeutender Unterschied der Fußballbranche gegenüber den anderen Wirtschaftszweigen folgt daraus, dass Fußallvereine in den nationalen Wettbewerben (Meisterschaft, Pokal) und in den Spielen internationaler sportlicher Wettbewerbe (Europa League, Champions League) gewöhnlich mit demselben Spielerkader antreten. Verbessert ein Team die Qualität seines Spiels, z. B. durch die Verpflichtung stärkerer Spieler, wirkt sich diese Verbesserung in der Regel also sowohl auf die nationalen als auch die internationalen sportlichen Erfolge aus. Ein zentraler Parameter ist dabei die Verpflichtung von begabten Profifußballern. Hier stehen die Vereine in einem zunehmend internationalen Wettbewerb um die vertragliche Verpflichtung der besten Spieler.

397. Das dargestellte Geschäft der Vereine, welche die gleichen Spieler im nationalen und internationalen Rahmen einsetzen, kann zudem eine Verknüpfung der nationalen und der internationalen Märkte für Übertragungsrechte zur Folge haben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Vereine, die in den internationalen sportlichen Wettbewerben aktiv sind, die Qualität ihrer Teams durch die Einnahmen auf nationalen und internationalen Märkten für Medienrechte finanzieren. Sind die Vereine in der Lage, Übertragungsrechte auf dem nationalen Markt gegen hohe Entgelte zu vermarkten, dann können sie auf den internationalen Spielermärkten, auf denen sie als Nachfrager mit Vereinen aus ausländischen Ligen im Wettbewerb stehen, bessere Spieler verpflichten. In der Folge verbessern sich ihre Chancen im internationalen sportlichen Wettbewerb. Dies könnte einen Zusammenhang zwischen den Entgelten für Übertragungsrechte auf dem nationalen Markt und der sportlichen Konkurrenz in dem internationalen Wettbewerb begründen.

398. Auf Basis des dargestellten Wirkungszusammenhangs lässt sich nicht ausschließen, dass ein im Inland zunehmender Wettbewerb bei der Vermarktung von nationalen Sportrechten negative Auswirkungen auf den sportlichen Wettbewerb in anderen Vereinswettbewerben haben könnte. Denn wenn die Wertschöpfungskette bis zum Zuschauer im Inland besonders wettbewerblich ausgestaltet ist, dann sollte dies tendenziell neben geringeren Preisen für die Konsumenten auch geringere Erlöse der nationalen Vereine zur Folge haben. Wenn die Finanzierungssituation zugleich für Vereine im Ausland unverändert bleibt, dann dürfte dies die Wettbewerbsfähigkeit der inländischen Vereine bei ihrer Nachfrage am internationalen Spielermarkt beeinträchtigen und ihre Chancen mindern, besonders leistungsfähige Profifußballer zu verpflichten. Dadurch dürften die inländischen Vereine auch geringere Chancen im internationalen sportlichen Wettbewerben haben. Infolgedessen könnte sich auf längere Sicht auch die Zuschauernachfrage

---

[49] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 86, 89.

[50] Z. B. Interview mit Bayern-Chef Rummenigge, "Ich fürchte um die Wettbewerbsfähigkeit unserer Liga", Süddeutsche Zeitung vom 4. September 2015, http://www.sueddeutsche.de/sport/interview-mit-bayern-chef-rummenigge-ich-fuerchte-um-die-wettbewerb sfaehigkeit-unserer-liga-1.2634146, Abruf am 9. September 2015.

nach der Übertragung internationaler sportlicher Wettbewerbe vermindern, da die nationalen Teams geringere Siegchancen besitzen.[51]

399. Die beschriebenen Zusammenhänge dürften im Fußball, aber auch in anderen Teamsportarten, deshalb direkter und deutlicher als in anderen Wirtschaftszweigen ausfallen, weil die oben genannte Möglichkeit zum Einsatz desselben Spielerkaders bedeutet, dass Leistungen auf nationalen und internationalen Märkten mit dem selben Produktionsfaktoren und ohne (bzw. mit geringen) einzeln zurechenbaren Kosten erbracht werden können. Allerdings lassen sich die genauen Effekte kaum quantifizieren. Die Möglichkeit der wechselseitigen Beziehungen zwischen der Vermarktung nationaler Wettbewerbe in Deutschland und internationalen Märkten (z. B. dem Spielermarkt) und Wettbewerben (z. B. der Europa League und der Champions League) sollte jedoch bei der kartellrechtlichen Würdigung nicht außer Acht gelassen werden. Die internationalen Märkte sind deshalb für die Gesamtschau der wettbewerblichen Effekte ebenfalls relevant.

3 Rolle der Einnahmeverteilung im Rahmen der Zentralvermarktung

400. Die Zentralvermarktung hat eine hohe Bedeutung für die Finanzierung des Profi-Fußballs in Deutschland. Die Einnahmen aus der Zentralvermarktung werden nach einem bestimmten Schlüssel an die Vereine ausgeschüttet. Die Einnahmen aus der Vermarktung der Rechte bilden tatsächlich eine Haupt-Einnahmequelle der deutschen Profi-Fußballvereine und deren Kapitalgesellschaften. Derzeit erhalten die Vereine der ersten Bundesliga 80 Prozent der Erlöse der gemeinsamen Inlandszentralvermarktung, was in dem zuletzt gültigen Vertrag für die Saisons 2014/2015 bis 2016/2017 Umsätzen von mehr als EUR 500 Mio. pro Saison entspricht. Mit der Verteilung der Einnahmen sind wettbewerbliche Effekte verbunden, die im Rahmen der ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Analyse der Zentralvermarktung zu berücksichtigen sind.

401. Die derzeit von der DFL festgelegte Einnahmeverteilung orientiert sich an einem Erfolgsschlüssel. Danach werden die Vereine nach ihrem gewichteten durchschnittlichen Tabellenplatz der letzten fünf Spielzeiten in eine Reihenfolge gebracht. Daraufhin erfolgt eine erfolgsabhängige Ausschüttung der Mittel, bei welcher der Erste dieser Reihenfolge im Verhältnis zum Letzten die doppelte Zuteilung aus dem Einnahmefonds erhält. In anderen europäischen Ligen mit Zentralvermarktung gelten in der Regel ähnliche Mechanismen. In der englischen Premier League wird z. B. etwa die Hälfte der Einnahmen aus der Inlandsvermarktung zwischen den Clubs gleichverteilt, während die andere Hälfte nach Platzierung und Übertragungshäufigkeit ausgeschüttet werden.[52]

402. Die Verteilung der Fernsehgelder in der Fußball-Bundesliga dürfte, wie auch die Verteilung in anderen Ligen, von der Verteilung abweichen, die sich im Fall einer Einzelvermarktung durch der Heimspiele durch die jeweiligen Clubs ergäbe, da etwa die erreichte Zuschauerzahl bei den einzelnen Übertragungen für die Verteilung keine Rolle spielt. Dies deutet darauf hin, dass die DFL mit der Einnahmeverteilung von Fernsehgeldern wahrscheinlich nicht das Ziel verfolgt, die Vereine möglichst äquivalent für die individuelle Nachfrage nach ihren Spielen zu entschädigen. Insoweit wie die praktizierte Verteilung der Fernsehgelder zu einer geringeren Differenzierung der Einnahmen führt, als sie sich im Falle der Einzelvermarktung ergeben würde, handelt es sich auch um einen Finanzausgleich zwischen den Vereinen der Bundesliga.

403. Ein Wettbewerbsproblem könnte dann vorliegen, wenn durch das Verteilungssystem individuelle wettbewerbliche Anstrengungen der Vereine nicht abgebildet werden und somit wettbewerbliche Anreize verloren gehen. Sämtliche wettbewerblichen Anstrengungen der Vereine, die Qualität der TV-Übertragung ihrer Spiele zu verbessern, führen im gegenwärtigen System zu einer Erhöhung der kollektiven Einnahmen und steigern die individuelle Vergütung nur unterproportional. Im Ergebnis können Anreize der Vereine verloren gehen, das einzelne Spiel im Stadion optimal zu

---

[51] Hier lassen sich Rückschlüsse aus der Forschung zur Competitive Balance ziehen. Danach ist ein für das Interesse der Zuschauer am ehesten belegter Einflussfaktor, dass ein Team Chancen auf die Meisterschaft besitzt; vgl. auch Tz. 406 in diesem Gutachten.

[52] Vgl. Premier League Webseite – Verteilung Saison 2014/15 (27. Mai 2016), http://www.premierleague.com/en-gb/news/news/2015-16/jun/020615-premier-league-payments-to-clubs-in-season-2014-15.html, Abruf am 30. Mai 2016. Eine Aufteilung nach Übertragungshäufigkeit kann deshalb vorgenommen werden, da nicht alle Spiele der Premiere League übertragen werden.

präsentieren, z. B. über ein attraktives Rahmenprogramm zur Fußballübertragung. Je höher die Einschränkungen gegenüber einer der individuellen Nachfrage entsprechenden Zuteilung im Rahmen einer Zentralvermarktung ausfallen, desto höher fällt auch eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung durch selbige aus.

404. Demgegenüber werden Argumente, die dafür sprechen, einen Finanzausgleich zwischen Vereinen vorzunehmen, seit geraumer Zeit in den Profisportligen der Welt diskutiert. Üblicherweise wird ein solcher Finanzausgleich mit der Notwendigkeit begründet, eine Ausgewogenheit des Wettbewerbs (Competitive Balance) in Profisportligen herbeizuführen, unter der Annahme dass diese Ausgewogenheit mit höherer Nachfrage einhergeht. In den Sozialwissenschaften wurde die Frage des Zusammenhangs von Competitive Balance und Nachfrage intensiv untersucht. Angenommen wird, dass die Nachfrage nach Sportveranstaltungen sich aus unterschiedlichen Faktoren zusammensetzt; als ein wichtiger Faktor in Bezug auf die Beeinflussung der Nachfrage wird die Spannung vermutet, die durch die Unsicherheit über den Verlauf des sportlichen Wettbewerbs (Spiel, Meisterschaft) bestimmt wird. Die Grundthese hinter dem Argument der Competitive Balance besagt, dass eine Liga mit unausgeglicheneren sportlichen Wettbewerbern weniger spannend ist, weil eine geringere Unsicherheit über das sportliche Ergebnis vorliegt (Unsicherheitshypothese). Daraus wird gefolgert, dass eine weniger ausgeglichenere Liga aus Nachfragersicht weniger attraktiv sei.[53]

405. In der Praxis ist der Bedarf nach einem Eingriff vor dem Hintergrund der dargestellten Grundthese der Competitive Balance relativ breit anerkannt. Mit dem Ziel, die sportliche Stärke der Akteure in Balance zu halten, werden in diversen Profisportligen weltweit sehr unterschiedliche Systeme praktiziert, um einen Ausgleich der Wettbewerbskraft der Akteure herbeizuführen. Teilweise handelt es sich um einen Finanzausgleich in Form der Umverteilung finanzieller Mittel wie im Fall der Einnahmeverteilung bei der Bundesliga-Zentralvermarktung; demgegenüber basieren vor allem in den Vereinigten Staaten entsprechende Ausgleichssysteme auch auf bestimmten Budgetgrenzen oder Mechanismen des Zugriffs auf die besten Jugendspieler. Ohne diese Eingriffe wird offenbar die Gefahr gesehen, dass einzelne ausgewählte Teams ihren sportlichen Erfolg dauerhaft festigen könnten, während schwächere Teams wenig Chance besäßen, wettbewerblich aufzuholen.

406. Im Bereich der Forschung sind in den vergangenen Jahrzehnten zahlreiche empirische Studien veröffentlicht worden, die die Grundthese der Competitive Balance auf Basis empirischer Tests überprüft haben. Konkret untersuchen diese Studien meist den Zusammenhang zwischen einem bestimmten Maß für die Intensität des sportlichen Wettbewerbs (ausgedrückt als die Unsicherheit über den Ausgang des Spiels oder der Meisterschaft) und der Zuschauerzahl (im Stadion oder bei Fernsehübertragungen. Die Intensität des sportlichen Wettbewerbs wird in diesen Studien anhand einer Reihe von Kriterien dargestellt, z. B. dem Punktabstand zweier gegeneinander antretenden Teams, der Chance eines Teams, einen bestimmten Tabellen- oder Qualifikationsplatz zu erreichen, oder der Chance auf einen Heimsieg, z. B. gemessen an den Wettquoten. Die Ergebnisse dieser Arbeiten ergeben kein einheitliches Bild[54]; eine eindeutige Evidenz über die Gültigkeit der Unsicherheitshypothese, die der Theorie der Competitive Balance zugrunde liegt, kann aus der Studienlage nicht gefolgert werden.[55] Einzelne Studien bestätigen aber vor allem einen Einfluss mittelfristiger Unsicherheitsfaktoren auf die Nachfrage (insbesondere die Chance auf die Meisterschaft[56]); dies betrifft vermehrt Studien, in denen die Nachfrage durch Fernsehzuschauer anstelle von Stadionbesuchern abgebildet wurde.[57]

---

[53] Entsprechend dieser These formulierte Rottenberg bereits 1957, dass die Wettbewerber einer Profisportliga möglichst eine ähnliche Größe (Stärke) besitzen sollten; vgl. Rottenberg, S., The baseball player's labour market, Journal of Political Economy, 64, 1956, S. 242-258, 242.

[54] Ein Überblick findet sich z. B. in Pawlowski, T.; Wettbewerbsintensität im Profifußball- Eine empirische Untersuchung zur Bedeutung für die Zuschauer, Wiesbaden, 313, Anlage 8.1.

[55] Z. B ablehnend für Deutschland: Czarnitzki D./Stadtmann, G., Uncertainty of outcome versus reputation: empirical evidence for the first German football division, Empirical Economics 27, 2002, S. 101–112.

[56] Jennett, N., Attendances, Uncertainty of Outcome and Policy in Scottish League Football, Scottish Journal of Political Economy 31 (2), 1984, S. 176-198.

[57] Z. B. Forrest, D./Simmons, R./Buraimo, B, Outcome uncertainty and the couch potato audience, Scottish Journal of Political Economy 52 (4), 2005, S. 641-661; Alavy, K. u. a., On the Edge of Your Seat: Demand for Football on Television and the Uncertainty of Outcome Hypothesis, International Journal of Sport Finance 5(2), 2010, S. 75-95.

407. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Forschungsergebnisse derzeit keine eindeutigen Belege dafür liefern können, dass ein Eingriff in den sportlichen Wettbewerb erforderlich ist, um die Nachfrage zu optimieren. Allerdings sind viele Zusammenhänge im Hinblick auf die Determinanten für Attraktivität von Sportveranstaltungen auch noch nicht ausreichend erforscht, um solche Eingriffe unter Effizienzgesichtspunkten abschließend bewerten zu können.[58]

408. Im Bezug auf den Finanzausgleich bei der Verteilung von Einnahmen der Bundesliga Zentralvermarktung ist allerdings festzustellen, dass – unabhängig von der Frage der Gültigkeit des Arguments zur Notwendigkeit einer „Competitive Balance" – kein Grund dafür zu erkennen ist, dass ein solcher Finanzausgleich nur im Rahmen der TV-Zentralvermarktung stattfinden können sollte. Durch eine Einzelvermarktung der Fußball-Sportrechte würde die Einigung der Vereine auf einen Finanzausgleich nicht ausgeschlossen und könnte sogar zu einem wirksameren Ausgleich der Finanzkraft der Vereine führen.[59]

409. Im Ergebnis stellt der mögliche, aber letztlich ungeklärte Bedarf nach einem Ausgleich der Wettbewerbskräfte als solcher zumindest keinen Effizienzvorteil da, der allein durch eine Zentralvermarktung der Übertragungsrechte zu erreichen wäre. Vielmehr kann in der Einnahmeverteilung im Fall einer Zentralvermarktung eine zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden, wenn durch sie Anreize zur optimalen Präsentation einer Übertragung durch die Vereine reduziert werden.

4 Tatbestandliche Einordnung der deutschen Zentralvermarktung (Schadenstheorie)

410. Aus Sicht der Monopolkommission kann die Zentralvermarktung der Medienrechte an den relevanten Fußballspielen durch die DFL und den Ligaverband Bedenken nach den deutschen und europäischen Wettbewerbsregeln auslösen. Die Fußballvereine, deren Spiele zentral vermarktet werden, sind wirtschaftlich tätig und damit Unternehmen.[60] Dasselbe gilt für die DFL, die als Unternehmensvereinigung das operative Geschäft des Ligaverbands in den Bereichen Spielbetrieb, Lizenzierung und Vermarktung führt.[61] Der Ligaverband ist eine Unternehmensvereinigung und ebenfalls auch selbst Unternehmen, weil er im Rahmen der Vermarktung der Übertragungsrechte selbst wirtschaftlich tätig ist.[62]

411. Die Zentralvermarktung kann grundsätzlich in verschiedenerlei Hinsicht an den Wettbewerbsregeln überprüft werden:

- Die Einigung der Beteiligten über die Zentralvermarktung von Übertragungsrechten kann als Vereinbarung zwischen Unternehmen oder als Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Kartellverbots (Art. 101 AEUV und § 1 GWB) angesehen werden. Diese Vereinbarung bzw. dieser Beschluss geht mit Wettbewerbsbeschränkungen auf Ebene der Vereine einher (horizontale Wettbewerbsbeschränkung; Tz. 412). Das gilt zumindest dann, wenn man den Vereinen im Sinne der gegenwärtigen Praxis individuelle Verwertungsrechte zuschreibt und wie zuvor annimmt, dass ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis zwischen Einzelspielen besteht, bei dem die Spiele aus Bietersicht grundsätzlich austauschbar sind, diese grundsätzliche Austauschbarkeit aber durch ein unterschiedliches Substitutionspotenzial aus Zuschauersicht beeinflusst werden

---

[58] Auf diesen Aspekt weisen z. B. auch Horn/Neven hin; vgl. Horn, H./Neven, D. J., The regulation of markets for team sports: an overview of relevant economic literature, CIES, 2002.

[59] Sofern ein Finanzausgleich eine Balance zwischen den Clubs schaffen soll, so ist es eher erstaunlich, dass sich die Umverteilung durch die Kopplung mit der Zentralvermarktung nur auf eine einzelne Einkunftsart der Vereine bezieht und mit dieser verbunden wird.

[60] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFL, Tz. 21; BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 81 f.; Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 26.

[61] Dazu BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 2, 26.

[62] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFL, Tz. 21; BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Rz. 26.

dürfte (siehe oben Tz. 390-393). Hinsichtlich der zusammenfassenden Highlightberichterstattung dürften Einzelspiele aus Bietersicht zwar ebenfalls austauschbar sein, ein den Zuschauerpräferenzen entsprechendes Produkt sich jedoch nur unter Rückgriff auf möglichst viele Spiele erstellen lassen.[63]

- Die Vermarktungsverträge mit den erfolgreichen Bietern können ihrerseits Verträge sein, durch die der Wettbewerb beschränkt wird. Denn diese Verträge können mit Abschottungswirkungen auf dem Übertragungsmarkt einhergehen oder ein wettbewerbswidriges Zusammenwirken (Kollusion) auf Ebene der Vereine oder Bieter fördern (vertikale Wettbewerbsbeschränkung; Tz. 414).
- Schließlich kann die Durchsetzung der Vermarktungsbedingungen gegenüber Bietern durch die DFL als einseitiges unternehmerisches Verhalten angesehen werden, das in Anbetracht der Marktmacht der DFL den Missbrauchsregeln unterliegt (Art. 102 AEUV, § 19 GWB; Tz. 415).

Die jeweiligen Wettbewerbsbeschränkungen sind grundsätzlich getrennt voneinander zu beurteilen.[64]

412. Die Wettbewerbsbeschränkung auf horizontaler Ebene dürfte im vorliegenden Fall wahrscheinlich darin bestehen, dass die Sportübertragungsrechte, soweit sie miteinander im Wettbewerb stehen, im Rahmen der Zentralvermarktung nicht unabhängig voneinander, sondern nur gebündelt vermarktet werden.[65] Dies würde zu einer Beschränkung der Bezugsquellen für Medienanbieter führen, wobei die gebündelte Vermarktung den Rechteinhabern zugleich eine Vergabe der Übertragungsrechte an eine geringere Anzahl an Medienanbietern – bis hin zu einem Medienanbieter – als im Fall der Einzelvermarktung ermöglicht.[66] Außerdem soll der gemeinsame Verkauf der Rechte zu einheitlichen Bedingungen, insbesondere ausschließlich zum Preis des erfolgreichen Gebots erfolgen, das oberhalb eines vorab definierten Preises liegen muss (Vorbehalts- bzw. Reservationspreis)[67]. Insofern ergibt sich ein Unterschied zu Vergaben, die von einem einzelnen Nachfrager initiiert werden, um möglichst günstige Leistungsangebote zu erhalten. Abweichend hiervon schreiben die DFL und der Ligaverband die Übertragungsrechte in koordinierter Weise als Anbieter aus, um einen möglichst hohen Preis für diese Rechte zu erzielen. Es liegt nahe, die Mengenbegrenzung und die Behinderung der Vereine, eine eigene Preisentscheidung zu treffen, als eine bezweckte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen (Kernbeschränkungen i. S. v. Art. 101 Abs. 1 lit. a und c AEUV).[68]

413. Bei dieser wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wird berücksichtigt, dass den Vereinen ein Verwertungsrecht, das eine Bündelung und Mindestpreisvereinbarungen der vorliegenden Art explizit erlauben würde, gerade nicht gesetzlich zugewiesen ist. Im Fall einer Definition solcher Rechte könnte eine Kernbeschränkung ausscheiden bzw. dürfte den Vereinen zumindest ein gewisser Spielraum bei der Ausgestaltung der Rechtevermarktung einzuräumen sein.[69]

---

[63] So auch BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 122.

[64] Siehe EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Februar 2011, Tz. 12; Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 27; ferner EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, S. 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 89-91, 116 (zum Verhältnis der Art. 101, 102 AEUV zueinander).

[65] Die Argumentation bezieht sich insbesondere auf den Fall, dass vereinsbezogene Rechte oder ähnliche Rechtezuordnungen angenommen werden. Ein anderer Fall läge vor, wenn die DFL die Übertragungsrechte besitzen würde.

[66] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFL, Tz. 22; BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B 6-114/10, Tz. 36 ff.; zur Sicht der EU-Kommission auch Toft, Competition Law Review: Sports Law and Business – Key Developments and the Latest Cases, Broadcasting & EC Competition Law, Comp/C.2/TT/hvds D(2005), London, 31. Januar 2006, Abschnitt 3.1.2.

[67] Der Vorbehalts- und der Reservationspreis sind in dem von der DFL und dem Ligaverband vorgelegten Vermarktungsmodell näher bestimmt. Es handelt sich hierbei um Mindestbeträge, die bei der Ausschreibung erzielt werden sollen; vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 22.

[68] Als Besonderheit ist hier zu beachten, dass die Höhe des Mindestpreises den Bietern nicht bekannt ist; dazu aber auch EU-Kommission, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document) vom 25. Juni 2014, Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, S. 3 m. Nachw. („no need to examine […] actual or potential effects.“). Das Bundeskartellamt hat in seinem aktuellen Beschluss hingegen keine horizontale Kernbeschränkung festgestellt, vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 107.

[69] Vgl. Art. 345 AEUV, wonach die in den europäischen Verträgen niedergelegten Wettbewerbsregeln die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen.

414. Eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung scheidet entsprechend dem zuvor Ausgeführten (vgl. Abschnitt 2.2.2) hier auch nicht deshalb aus, weil die Vereine die vermarkteten Rechtepakete nicht einzeln erstellen könnten. Zwar kann es auch bei der Vermarktung von Sportübertragungsrechten grundsätzlich sogenannte Arbeitsgemeinschaften geben, ohne die spezifische vereinsübergreifende Produkte nicht herzustellen wären und die infolgedessen den Wettbewerb nicht beschränken. Die Nachfrage der Bieter bezieht sich allerdings nicht von vornherein auf die von der DFL vorgenommene, spezifische Rechtebündelung, sondern vielmehr auf die Einzelspiele. Diese Einzelspiele sind aus Bietersicht jedoch zumindest zu einem gewissen Grade austauschbar. Das lässt sich schon daraus ableiten, dass es bei der Zusammensetzung der Rechtepakete nicht darauf ankommt, ob sie Begegnungen bestimmter Vereine enthalten. Auch bei den vermarkteten Rechten zur Highlight-Berichterstattung kommt es aus Bietersicht nicht darauf an, dass sie gerade solche bestimmten Begegnungen umfassen. Dies ist vielmehr gar nicht gewünscht, da die Berichterstattung gerade die sportlich interessanten, vorab nicht festlegbaren Entwicklungen des Spielbetriebs abbilden soll.

415. Die möglichen Wettbewerbsbeschränkungen auf vertikaler Ebene hängen von den Bedingungen ab, zu denen die Verträge mit dem (den) erfolgreichen Bieter(n) letztlich abgeschlossen werden.[70] Solche Klauseln dürften in vielen Fällen keine eigenständige wettbewerbsrechtliche Prüfung erfordern, weil sie unmittelbar mit der Zentralvermarktung verbunden und für diese notwendig und angemessen sind (sogenannte Nebenabreden).[71] Insbesondere wenn die Verträge Ausschließlichkeitsbindungen in Kombination mit Wettbewerbsverboten oder gleich wirkenden Bezugspflichten enthalten sollten, besteht allerdings ein Risiko, dass unterliegende Bieter künstlich aus dem Übertragungsmarkt ausgeschlossen werden (Abschottung).[72] Aufgrund möglicher Abschottungswirkungen dürfte es notwendig sein, die Laufzeit der Verträge zu begrenzen. Daneben können Kollusionsrisiken sowohl auf Ebene der in der DFL zusammengeschlossenen Vereine als auch zwischen Medienunternehmen auf dem Übertragungsmarkt entstehen. Letzteres dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn mehrere Bieter bei unterschiedlichen Rechtepaketen erfolgreich sind, dann aber eine Sublizenzierung auf nur einen Anbieter erfolgt.[73] Auf Ebene der Vereine ist aufgrund der vorliegenden Informationen nicht auszuschließen, dass die Zusammenarbeit bei der Zentralvermarktung aus anderen Gründen bestehende Kollusionsrisiken verstärkt.[74]

416. Der Zuschlag an einen Bieter für ein Rechtebündel bzw. die Verweigerung weiterer Zuschläge an andere Bieter kann in Anbetracht der Marktmacht der DFL zu einer künstlichen Verengung des Übertragungsangebots führen, die unter Missbrauchsgesichtspunkten problematisch ist.[75] So besteht erstens das Risiko, dass der Zugang neuer Anbieter zu Übertragungsrechten in einer Weise beschränkt wird, welche die Entwicklung von Fußballformaten auf dem Übertragungsmarkt behindert (Abschottung von den Einsatzmitteln). Zweitens kann die Durchsetzung der Zentralvermarktung durch die DFL und den Ligaverband verglichen mit der Einzelvermarktung den Zugang der Vereine zu Anbietern von Fußballübertragungen unangemessen einschränken (Abschottung von den Kunden).

417. Dabei ist bei der Beurteilung der Risiken im Vertikalverhältnis und der Missbrauchsrisiken jeweils zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt durch die starke Stellung der bisher erfolgreichen Bieter

---

[70] So z. B. davon, ob Alleinbelieferungs/-bezugsklauseln enthalten sind oder eine Vereinbarung des Alleinvertriebs durch den Bieter.

[71] Dazu vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 28 ff.

[72] EU-Kommission, Entscheidung vom 22. März 2006, 38.173 – The Football Association Premier League Limited, Tz. 28. Weitere Abschottungswirkungen sind möglich, wenn in die Verträge Klauseln zur Beschränkung der relevanten Medienrechte auf das Gebiet der Bundesrepublik aufgenommen werden sollten; siehe zutreffend BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 134, mit Verweis auf EuGH Premier League; dazu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1036, f.

[73] Zu diesem Risiko BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 155.

[74] Solche Kollusionsrisiken könnten vorliegend z. B. aufgrund einer inkonsequenten Durchsetzung der sog. 50 + 1-Regel bestehen. Diese Regel ist in den Statuten der Bundesliga festgelegt und besagt, dass ein einzelner Sponsor keine Beteiligung von mehr als 50 % + 1 an mehreren Bundesligavereinen halten darf; dazu Stöber, BB 2015, 962.

[75] EU-Kommission, Mitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 32 ff. (zur Alleinbezugsbindung).

bereits strukturell geschwächt ist, da diese Bieter eine (quasi-)monopolistische Stellung bei der Übertragung von Premium-Fußballsportereignissen in dem vereinbarten Zeitraum einnehmen.[76] Die im Rahmen der Zentralvermarktung angebotenen Rechtepakete für Pay- und Free-TV-Fußballprodukte sind für diese Bieter besonders attraktiv, insbesondere wenn sie alle wesentlichen Pakete erwerben und damit ihre Marktstellung absichern können. Diese Bieter dürften somit auch bereit sein, eine besondere Prämie für den Erwerb eines möglichst alle wesentlichen Pakete umfassenden Rechtebündels zu zahlen. Demgegenüber dürften es die etablierten Sehgewohnheiten der Zuschauer anderen Unternehmen erschweren, mit neuartigen Angeboten in den Markt einzutreten. Dem steht auch nicht entgegen, dass sonstige mögliche Bieter vielfach technologieneutrale Geschäftsmodelle haben und somit in ihrem Bieterverhalten relativ flexibel sein dürften.[77] Aus diesen Gründen könnten allerdings bisher unterlegene Fernsehanbieter des Free TV bzw. Anbieter sonstiger Medienangebote (IPTV bzw. OTT) von vornherein Schwierigkeiten haben, sich – selbst bei einem erfolgreichen Gebot auf dem Rechtemarkt – mit neuen Produkten auf dem Übertragungsmarkt zu etablieren.

418. An dieser Stelle muss offenbleiben, welche Wettbewerbsbeschränkungen mit der Zentralvermarktung im aktuellen Vermarktungszeitraum konkret verbunden sind. Das Bundeskartellamt hat das Vermarktungsmodell der DFL und des Ligaverbands nur vorläufig überprüft, da seine wettbewerblichen Bedenken durch Verpflichtungszusagen ausgeräumt werden konnten. Es hat in seiner Entscheidung selbst mehrere der oben genannten Aspekte geprüft oder zumindest angesprochen.[78] Die rechtliche Beurteilung in dem Zusagenbeschluss des Bundeskartellamtes ist dabei vorläufig und beschränkt sich auf knappe Ausführungen, die sich rechtlich zum Teil nicht eindeutig zuordnen lassen:

- So stellt das Bundeskartellamt in dem Beschluss fest, die Vereine, die über die DFL und den Ligaverband die relevanten Übertragungsrechte vermarkten, seien keine Wettbewerber, da ein Mindestmaß an Koordinierung für die zentral vermarkteten Rechtepakete notwendig sei.[79] Die Frage, ob die Koordinierung über das für eine zulässige kartellrechtliche Arbeitsgemeinschaft erforderliche Mindestmaß hinausgeht, wird zwar nicht explizit angesprochen. Dafür, dass dies der Fall sein könnte, spricht allerdings, dass eine Vereinbarung mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung nach Auffassung des Bundeskartellamtes darin liegt, dass sich die Bundesligaclubs im Rahmen der jährlich stattfindenden Lizenzierung den Regelungen zur Zentralvermarktung unterwerfen und ihre Rechte mit gemeinsamer Preisfestlegung zusammen vertreiben.[80] Nach den Marktentwicklungen solle in der so herbeigeführten Exklusivität lediglich nicht mehr der Schwerpunkt der Beschränkungswirkung zu sehen sein.[81]

- Der Schwerpunkt der Wettbewerbsbeschränkung wird aktuell darin gesehen, dass mit der DFL bzw. dem Ligaverband ein Anbieter der Rechte geschaffen wird, der über eine erhebliche Marktmacht verfügt und dies dazu ausnutzen kann, den Zugang zu den Rechten durch Verknappung des Rechteangebots sowie zur Abschottung der nachgelagerten Märkte, insbesondere eines Marktes für audiovisuelle Bezahlangebote von Spielen der Bundesliga und der 2. Fußball-Bundesliga, zu beschränken.[82] Dabei wird zwar darauf verzichtet, diese von der DFL bzw. dem Ligaverband ausgehende Wettbewerbsbeschränkung (potenziell vertikal beschränkende Vereinbarung; Marktmachtmissbrauch) ausdrücklich von der vorgeschalteten Koordinierung auf Ebene der Vereine zur Bündelung der Rechtevermarktung abzugrenzen. Der Beschluss geht jedoch auf die im vorliegenden Gutachten (Tz. 415 f.) angesprochenen Abschottungsrisiken ebenfalls ein. Die strukturelle

---

[76] Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rz. 91; zur Marktabgrenzung außerdem BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 95 ff.

[77] Siehe BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 112 f. (zur Abschottungswirkung), 126 (zu den Geschäftsmodellen); Tz. 143 (zu den Sehgewohnheiten).

[78] Siehe BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 108 ff. (zur horizontalen Wettbewerbsbeschränkung) sowie speziell Tz. 109 f., 112 (zur Abschottung aufgrund Marktbeherrschung).

[79] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 107; anders noch BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B 6-114/10, Tz. 38 ff., insb. Tz. 41.

[80] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 83 (Vereinbarung), 105 ff. (wettbewerbsbeschränkende Wirkung)

[81] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 108. In einem gewissen Widerspruch hierzu steht freilich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung auf der horizontalen Ebene der Vereine zunächst abgelehnt wird; siehe Tz. 107.

[82] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 109 f.

Schwächung des Wettbewerbs auf dem Übertragungsmarkt aufgrund der Marktmacht der bisher erfolgreichen Bieter (Sky, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) wird im Beschluss allerdings nicht ausdrücklich angesprochen.

Der Beschluss lässt sich in Hinblick auf die tatbestandliche Einordnung des aktuellen Zentralvermarktungsmodells von DFL und Ligaverband somit zumindest in den wesentlichen Punkten mit den Ausführungen des vorliegenden Gutachtens vereinbaren. Auch die bisherige Entscheidungspraxis auf internationaler Ebene geht grundsätzlich von einer ähnlichen rechtlichen Beurteilung wie die der Monopolkommission aus.[83]

419. Eine Wettbewerbsbeschränkung scheidet im vorliegenden Zusammenhang auch nicht etwa deshalb aus, weil die Vereine zugleich im sportlichen Wettbewerb untereinander stehen. Nach der europäischen Rechtsprechung unterliegen sportliche Tätigkeiten und die hierfür geltenden Regelungen dem Unionsrecht, soweit sie zum Wirtschaftsleben der Union zu rechnen sind.[84] Wettbewerbsbeschränkungen in einer Verbandsregelung sind in ihrem Gesamtzusammenhang zu würdigen.[85] Sie werden nur dann nicht vom unionsrechtlichen Kartellverbot erfasst, wenn sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren sportlicher Wettkämpfe Notwendige begrenzt sind.[86] Die Zentralvermarktung von Übertragungsrechten steht aber weder in unmittelbarem Zusammenhang speziell mit der Durchführung von Fußballspielen, noch ist sie hierfür notwendig.

420. Eine Wettbewerbsbeschränkung berührt angesichts ihrer bundesweiten Auswirkungen den zwischenstaatlichen Handel im Sinne der unionsrechtlichen Vorschriften.[87] Die Beurteilung der Zentralvermarktung hängt daher davon ab, ob die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der Vorteile, die bei Umsetzung der Verpflichtungszusagen der DFL und des Ligaverbands zu erwarten sind, zu rechtfertigen ist.

5 Mögliche Freistellung aufgrund von Effizienzen

421. Aus Sicht der Monopolkommission kann auf Basis der bisherigen Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes nicht abschließend beurteilt werden, ob die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte durch die DFL vom Kartellverbot freigestellt ist (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB) oder im Rahmen der Missbrauchsregeln gerechtfertigt werden kann. In den bisherigen Verfahren konnte das Bundeskartellamt auf eine umfassende Untersuchung verzichten, weil seine wettbewerblichen Bedenken durch Verpflichtungszusagen ausgeräumt werden konnten. Die Monopolkommission beschränkt sich insofern auf eine Stellungnahme auf Grundlage des bisherigen Ermittlungsstands. Sie berücksichtigt dabei insbesondere, dass Wettbewerbsbeschränkungen nach geltendem Recht grundsätzlich dann zu rechtfertigen sind, wenn die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB):

- Die jeweilige wettbewerbsbeschränkende Maßnahme führt auf dem Markt, auf dem der Wettbewerb beschränkt wird, zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder-verteilung,
- die (unmittelbare oder mittelbare) Marktgegenseite wird an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt,
- die Wettbewerbsbeschränkung ist zur Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich, und

---

[83] Siehe insb. EU-Kommission, Entscheidung vom 22. März 2006, 38.173 – The Football Association Premier League Limited, Tz. 25 ff. (prevention from independent commercial action); Autorité de la concuccrrence, Entscheidung 03-MC-01 und Pressemitteilung vom 23. Januar 2003 (Marktmachtmissbrauch oder Kartell zur Bevorteilung eines Bieters); Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.214 – DFL, Tz. 22 (Behinderung der Vereine, unabhängige geschäftliche Entscheidungen über den Preis zu treffen).

[84] EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, C-519/04 P – Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006, I-6991, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 22, 29-31; Urteil vom 1. Juli 2008, C-49/07 – MOTOE, Slg. 2008, I-4863 , ECLI:EU:C:2008:376, Rz. 22.

[85] EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, C-519/04 P – Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006, I-6991, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 42.

[86] EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, C-519/04 P – Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006, I-6991, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 47.

[87] Vgl. BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 51-53. Hinzu kommen grenzüberschreitende Auswirkungen; siehe Abschnitt 2.2.3 in diesem Gutachten.

- es ist nicht zu erwarten, dass der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren ausgeschaltet wird.

422. Die Zentralvermarktung ist zulässig, sofern sämtliche damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung der vier oben genannten Voraussetzungen aufgewogen werden.[88] Aus ökonomischer Sicht wird als Ergebnis der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen beurteilt, ob die Effizienz auf den relevanten Märkten aus Sicht der Verbraucher durch die Wettbewerbsbeschränkung steigt. Wird im Rahmen der Schadenstheorie eine Wettbewerbsbeschränkung gemäß § 101 AEUV, § 1 GWB durch die Zentralvermarktung festgestellt (vgl. Abschnitt 4), dann ist als Vergleichsmaßstab für die Feststellung der dargestellten Effizienzen der Fall heranzuziehen, dass die Zentralvermarktung verboten wäre und nicht stattfände. Diese Situation würde voraussichtlich zu einer Einzelvermarktung führen, die somit Prüfmaßstab für mögliche Effizienzen ist.

423. Neben Effizienzgewinnen auf den relevanten Märkten müssen ergänzend auch Effizienzgewinne berücksichtigt werden, die auf einem anderen Markt eintreten, zumindest sofern zusätzlich Effizienzgewinne auf dem jeweiligen relevanten Markt eintreten.[89] Das bedeutet in Bezug auf die Übertragung der hier relevanten Fußballspiele, dass Effizienzen auf den nachgelagerten Märkten für Übertragungen an Fernsehzuschauer zumindest dann berücksichtigungsfähig sind, wenn sie sich auch auf den vorgelagerten Rechtemärkten auswirken. Darüber hinaus sind solche Effizienzen berücksichtigungsfähig, die – unter angemessener Beteiligung der Verbraucher (hier: der Fernsehzuschauer) – auf sonstigen zusammenhängenden Märkten eintreten, etwa den Märkten für den Einkauf der eingesetzten Spieler. Schließlich können vor diesem Hintergrund Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich auch dann gerechtfertigt sein, wenn sie notwendig sind, um den besonderen Belangen des Sports Rechnung zu tragen.[90]

424. Aus rechtlicher Sicht ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Nachweisvoraussetzungen für eine Rechtfertigung hoch sind, insbesondere wenn man von einer möglichen horizontalen Kernbeschränkung ausgeht.[91] Dies steht einer Verfahrensbeendigung aufgrund von Verpflichtungszusagen nicht entgegen. Allerdings bedeuten die hohen Nachweisanforderungen, dass auch bei vorläufiger Beurteilung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen muss, dass die zuvor genannten Voraussetzungen für eine wettbewerbliche Rechtfertigung der Zentralvermarktung erfüllt sind.[92]

425. Eine Freistellung ist im vorliegenden Fall insbesondere aufgrund der zwischen den Vereinen der DFL getroffenen Vereinbarungen und der in der DFL und dem Ligaverband getroffenen Beschlüsse über die Bündelung der Vermarktung und die zu dieser Bündelung notwendigen Vermarktungskonditionen zu prüfen. Dazu sollen zunächst die mit einer Zentralvermarktung von Highlight- und Livekonferenzrechten bzw. Rechten an Einzelspielen grundsätzlich verbundenen Effizienzen untersucht werden (Abschnitt 5.1), bevor auf die Ausgestaltung des konkreten Vermarktungsmodells der DFL und des Ligaverbands eingegangen wird (Abschnitt 5.2). In dieser Untersuchung fällt, wie nachfolgend gezeigt wird, die Beurteilung der Effizienzen bei der Vermarktung von Rechten zur Highlight-Berichterstattung bzw. zu Livekonferenz-Schaltungen einerseits und der Vermarktung von Einzelspielen andererseits unterschiedlich aus.

---

[88] Zutreffend BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 147 (zur Unerlässlichkeit). Eine Übersicht der allgemeinen Abhilfemaßnahmen findet sich beispielsweise in Budzinski, O., The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets, 2011.

[89] EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-382/12 P – MasterCard, ECLI:EU:C:2014:2201, Rz. 237, 242.

[90] In diesem Zusammenhang könnten grundsätzlich z. B. Wettbewerbsbeschränkungen hinzunehmen sein, durch die ein solidarischer finanzieller Ausgleich ermöglicht wird, sodass das sportliche Kräftegleichgewicht zwischen den Fußballvereinen erhalten bleibt. Wie in Abschnitt 3 dargelegt wurde, ist dies im Fall der Bundesliga Zentralvermarktung jedoch weder evident, noch ist die Zentralvermarktung als solche dafür erforderlich.

[91] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 46.

[92] Undeutlich insofern BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 107, 112, wo einerseits eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung abgelehnt, andererseits aber gleichwohl von einer „schwerwiegenden" Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen wird.

5.1 Effizienzen von Zentralvermarktungsmodellen

5.1.1 Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung

426. Die Beurteilung, ob die Vermarktungsbedingungen zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder-verteilung beitragen, erfolgt hier nach den einschlägigen Leitlinien im Rahmen des jeweiligen tatsächlichen Umfelds der Verträge und auf der Grundlage der zum jeweiligen Zeitpunkt vorliegenden Fakten.[93] Erforderlich ist, dass mit jeder Wettbewerbsbeschränkung, die Gegenstand eines Verfahrens ist, objektiv nachweisbare Effizienzgewinne (kausal) verbunden sind.[94] Somit ist zu prüfen, ob die Gestaltung der Produkte in der Wertschöpfungskette durch das Zentralvermarktungsmodell verbessert wird und ob die Produkte besser verbreitet werden können.

427. Als wichtiger praktischer Vorteil ist mit der Zentralvermarktung verbunden, dass damit Unsicherheiten, die hinsichtlich des Inhabers und Inhalts der Übertragungsrechte bestehen, weitgehend entfallen. Denn es ist gerade Zweck der Zentralvermarktung, dass den erfolgreichen Bietern vollständige und kommerziell nutzbare Rechtepakete übertragen werden. Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtezuordnung zu einzelnen Rechtsinhabern können sich, soweit diese ihre Rechte bündeln, nicht mehr auswirken. Diese Beseitigung von Unsicherheiten bedeutet allerdings noch nicht notwendig, dass die Zentralvermarktung mit Verbrauchervorteilen einhergeht, durch die sich die mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen lassen. Insofern kommt es vielmehr auf die ansonsten zu erwartenden Effizienzen an, insbesondere hinsichtlich der Qualität des Programmangebots.

428. Im Vergleich zu einer Einzelvermarktung können infolge einer zentralen Vermarktung der Rechte Effizienzen entstehen, weil die Vermarktungsstelle die Rechte in bestimmten Bündeln anbieten kann. Unter der Annahme, dass die Vereine jeweils Rechte an ihren Heimspielen besitzen, käme es im Vergleich dazu im Fall der Einzelvermarktung zu einer Situation, in der für die Rechte der (ersten) Bundesliga 18 Verhandlungspartner mögliche vereinsbezogene Rechte anböten. Demgegenüber wird die Zahl der Rechteanbieter in der Zentralvermarktung auf einen reduziert. Mögliche Rechtepakete können in diesem Fall durch den Vermarkter beliebig zugeschnitten werden. Aus dieser variierbaren Bündelung von Rechten im Falle der Zentralvermarktung können mögliche Effizienzen, aber auch Ineffizienzen im Vergleich zur Einzelvermarktung resultieren.

429. Der Wert, den ein einzelner Medienanbieter einer hohen Anzahl von Übertragungen beimisst, ist tendenziell höher als die Summe der Werte, die mehrere Anbieter jeweiligen Anteilen dieser Ausstrahlungen zuschreiben würden. Ursächlich dafür ist z. B., dass sich fixe Produktionskosten der Programmgestaltung auf mehrere Spiele verteilen und die Medienanbieter ein homogenes Gesamtprodukt erhalten, welches verschiedene komplementäre Interessen bedient. Solche positiven Synergien gestatten es, die Zahlungsbereitschaft der Zuschauer maximal auszunutzen. Sie sind aus Sicht von Medienanbietern allerdings nicht zwingend für sämtliche Rechte an Highlight- und Live-Übertragungen in gleicher Höhe zu erwarten. Eine möglichst passende Bündelung von Rechten an einzelnen Begegnungen durch einen zentralen Vermarkter kann dazu führen, dass aus Sicht der Medienunternehmen Rechtebündel bei einer zentralen Vermarktung besonders attraktiv sind.[95]

430. Die zuvor beschriebenen Qualitätsvorteile der Bündelung dürften zumindest in Bezug auf die zentrale Vermarktung der Rechte für die Highlight-Berichterstattung vorliegen. Denn es ist anzunehmen, dass viele Zuschauer die Highlight-Berichterstattung nutzen, um sich nicht nur über einzelne Spiele, sondern über die Liga als Ganzes zu informieren. Dazu ist für sie eine möglichst umfassende Highlight-Berichterstattung von Vorteil. Werden die Rechte für die Übertragung von Highlights als Bündel ausgeschrieben, dann profitieren die Zuschauer der Highlight-Berichterstattung davon, dass sie stets den Überblick über alle ausgetragenen Spiele erhalten.[96] Im Fall einer Einzelvermarktung müsste

---

[93] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 44.

[94] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 48 ff.

[95] Die Ausschreibung von Produktbündeln wird kombinatorische Auktion genannt.

[96] Die Bündelung aller Highlights in einem Rechtepaket ist allerdings nicht zwingender Bestandteil der Zentralvermarktung. Z. B. wurde 1986/87 ein Spiel der Bundesliga in der Sendung Anpfiff auf dem Sender RTL (damals RTLplus) übertragen, die übrigen Spiele in der ARD Sportschau.

ein Medienanbieter sich hingegen mit sämtlichen Vereinen einigen, um den Zuschauern in einer Sendung eine Zusammenfassung aller abgelaufenen Begegnungen zeigen zu können. Hier bestünde grundsätzlich eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass die Verhandlung mit einzelnen Vereinen scheitert und es zu einer aufgesplitterten Zusammenfassung der Spiele auf mehreren Sendern kommt.

431. Bei einzelnen Live-Übertragungen ist zu vermuten, dass diese positiven Effekte der Bündelung weniger stark ausgeprägt sind. Allerdings kann etwa die Auffindbarkeit des Senders oder die Gewöhnung der Zuschauer an eine Übertragung an bestimmten Wochentagen zu bestimmten Zeiten aus Sicht einzelner Medienanbieter gegebenenfalls einen Qualitätsvorteil darstellen. Demgegenüber wären rein vereinsbezogene Übertragungsangebote, wie sie im Fall der Einzelvermarktung möglich wären, aufgrund des Spielplanes auf unterschiedliche Sendezeitpunkte und Wochentage ausgerichtet.

432. Im Bereich der Live-Übertragungen einzelner Spiele stellt die „Live-Konferenz“ ein besonderes Produkt dar. Bei diesem Produkt werden die Live-Übertragungen verschiedener, zum gleichen Zeitpunkt stattfindender Spiele im Wechsel geschaltet. In Bezug auf die Live-Konferenz besteht in der Regel ein Interesse der Zuschauer, möglichst umfassend über verschiedene gleichzeitig ausgetragene Spiele informiert zu werden. Wie bei den Highlights dürfte eine Bündelung im Rahmen der Zentralvermarktung Qualitätsvorteile für die Übertragung schaffen können.

433. Die Bündelung im Rahmen der Zentralvermarktung dürfte aus Sicht der Medienanbieter nicht nur mit möglichen qualitativen Vorteilen verbunden sein, sondern auch zu einer aus ihrer Sicht verbesserten Preisgestaltung führen können. Üblicherweise wird eine Bündelung vom Anbieter dazu genutzt, eine Preisdifferenzierung zu erreichen. Eine mögliche Form der Preisdifferenzierung durch Bündelung ist das sogenannte „block booking“.[97] Dabei handelt es sich um eine Form der Bündelung mehrerer unterschiedlicher Angebote, für die verschiedene Kunden oder Kundengruppen gegenläufige Präferenzen besitzen. Ein alleiniger (d. h. monopolistischer) Anbieter besitzt den Anreiz, den Kunden das Produkt entsprechend ihrer jeweiligen Zahlungsbereitschaft zu verkaufen, wobei er versucht, möglichst viele Kunden zu bedienen und ihre Zahlungsbereitschaft abzuschöpfen.

434. Beispielsweise wird ein monopolistischer Anbieter im Fall von zwei unterschiedlichen Produkten und zwei Kundengruppen, die wechselseitig jeweils für ein Produkt eine höhere Zahlungsbereitschaft und für das andere eine geringere Zahlungsbereitschaft aufweisen, die Produkte als Bündel anbieten. Ein Bündelpreis entsprechend der Summe der Zahlungsbereitschaften der Kundengruppe mit der für beide Produkte kumuliert geringeren Wertschätzung führt dazu, dass beide Kundengruppen beide Produkte konsumieren und maximiert gleichzeitig die Erträge des Anbieters.

435. Die Bündelung von vereinsbezogenen Übertragungsangeboten (Einzelvermarktung) zu einem kumulierten Produkt entspricht im Wesentlichen der beschriebenen Situation.[98] Anzunehmen ist, dass Zuschauer, insbesondere als Fans eines bestimmten Vereins, für die Spiele unterschiedlicher Vereine unterschiedlich hohe Zahlungsbereitschaften aufweisen. Im Falle vereinsbezogener Angebote, aus denen die Zuschauer wählen können (sogenannte Angebote „à la carte“), wäre eine Preisdifferenzierung zwischen Zuschauern mit höheren und anderen Zuschauern mit niedrigeren Zahlungsbereitschaften schwerer möglich. Es ist daher denkbar, dass ein Monopolist sich bei der Preissetzung an den höheren Zahlungsbereitschaften orientiert. Dadurch wäre das Produkt für Zuschauer, die für diese Spiele keine hohe Zahlungsbereitschaft besitzen, zu teuer. Werden die Spiele gebündelt angeboten, dann kann ein exklusiver Anbieter über den Preis für ein gebündeltes Produkt eine implizite Preisdifferenzierung durchsetzen. Die durch die Bündelung erreichte Preisdifferenzierung kann gesamtwirtschaftliche Effizienzvorteile mit sich bringen.[99] Denn sofern im Ergebnis der Preisdifferenzierung mehr Konsumenten das Produkt nutzen können, wird die Verbreitung des Produkts verbessert.

436. Es lässt sich festhalten, dass durch die Möglichkeiten zur Bündelung verschiedener Übertragungsrechte im Vergleich zur Einzelvermarktung grundsätzlich eine Verbesserung in der Warenerzeugung und-verteilung erreicht werden

---

97 Stigler, G. J., A Note of Block Booking, The Organization of industry, Irwin, Homewood, Kap. III, S. 65-170.

98 Das angegebene Beispiel stellt eine vereinfachte Situation mit zwei Produkten und Kundengruppen dar. Im Allgemeinen liegen mehr Produkte und auch wesentlich differenziertere Zahlungsbereitschaften verschiedener Kundengruppen vor. Das im einfachen Fall beschriebene Ergebnis ist jedoch übertragbar.

99 Vgl. Carlton, D. W./Perloff, J. M., Modern Industrial Organisation, 4. Aufl., Boston 2005, S. 306.

kann. Eindeutige Bündelungsvorteile sind für die Bündelung der Highlight-Berichterstattung und für die Live-Konferenz erkennbar. Im Hinblick auf allokative Effizienzvorteile kann möglicherweise auch die Bündelung der Live-Übertragungen in einem einheitlichen Programmangebot gegenüber dem Endkunden Vorteile stiften. Allerdings sind hier die Effekte auf die Verbraucherbeteiligung zu berücksichtigen.[100]

5.1.2 Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

437. Neben der Darlegung von Effizienzvorteilen muss nachgewiesen werden, dass die jeweiligen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig sind, um die Effizienzgewinne zu erzielen. Hierbei ist auch der Frage nachzugehen, ob mehr Effizienzgewinne mit der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung erreicht werden als ohne sie.[101]

438. Zur Prüfung der Unerlässlichkeit ist zunächst abzuschätzen, wie sich die Situation auf den relevanten Märkten ohne die betreffende Wettbewerbsbeschränkung darstellen würde. Zwar dürfte sich unterstellen lassen, dass eine Untersagung der Wettbewerbsbeschränkung die Einzelvermarktung zur Folge hätte. Allerdings würde in diesem Fall offen bleiben, ob die Rechte der Spiele der Vereine sich allein auf die Heimspiele beschränken oder ob jeder Verein die Rechte für sämtliche eigenen Spiele vermarkten könnte.[102] Während im ersten Fall vereinsbezogene Produkte anzunehmen sind, die jedoch aufgrund der fehlenden Rechte an den Auswärtsbegegnungen nicht alle Spiele des Vereins abdecken könnten, würden im zweiten Fall die Rechte an jeder Begegnung möglicherweise sogar doppelt durch beide Vereine vermarktet. Ergänzend zu der Frage, wer im Fall der Einzelvermarktung die Rechte vermarkten würde, bliebe zudem unklar, mit welchem Ergebnis sich der Rechtehandel im Fall einer Einzelvermarktung entwickeln würde.[103] Allerdings dürfte davon auszugehen sein, dass das Interesse der Vereine zur Vergabe von Exklusivrechten für die vermarkteten Spielebündel ebenso bestehen würde wie im Fall der Zentralvermarktung.

439. Unabhängig von der Form der Einzelvermarktung dürfte die Zentralvermarktung grundsätzlich unerlässlich sein, um die festgestellten Bündelungsvorteile im Rahmen der sogenannten Highlight-Berichterstattungen sowie der Live-Konferenz zu erzielen. In der Highlight-Berichterstattung werden Informationen und Bildausschnitte mehrerer bereits ausgetragener Begegnungen von unterschiedlichen Fußballvereinen eines Spieltags zusammengefasst. Um im Fall einer Einzelvermarktung ein Berichterstattungsprodukt auf dem Übertragungsmarkt anbieten zu können, müsste ein Medienunternehmen daher mit mehreren Fußballvereinen in Verhandlung treten. Medienunternehmen dürften zur Zusammenstellung von Sendungen zwar nicht unbedingt auf die Zentralvermarktung angewiesen sein, sondern auch im Fall der Einzelvermarktung die passenden Rechte einkaufen können. Allerdings würden die Medienunternehmen dem Risiko unterliegen, dass sie eventuell nicht alle für die Gestaltung einer optimalen Übertragung notwendigen Rechte auch wirklich erwerben können. Eine Produktbündelung auf Ebene der Rechtevergabe kann dieses Risiko minimieren.[104] Für die planbare Erstellung ligabezogener Produkte erscheint es daher vertretbar anzunehmen, dass die Zentralvermarktung für eine Highlight-Berichterstattung unerlässlich ist.[105]

---

[100] Dazu siehe unten Abschnitt 5.1.3.

[101] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 74.

[102] Im Fall anderer Einnahmen aus der Vermarktung des Spiels im Stadion (z. B. Tickets) wird dies im Fall der Bundesliga allerdings so gehandhabt, dass diese Einnahmen in der Regel dem Verein zustehen, der sein Heimspiel austrägt.

[103] Das Bundeskartellamt nimmt wie auch 2012 ebenfalls keine abschließende Bewertung hinsichtlich der Voraussetzung der Unerlässlichkeit vor. Das Bundeskartellamt begründet dies „mangels Erfahrungen mit einer Einzelvermarktung der Bundesligarechte“, sodass eine Einschätzung „nur anhand von Wahrscheinlichkeitserwägungen erfolgen“ könne; vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 149 und BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 72, ff.

[104] Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 139, wo auf den Aspekt der Planungssicherheit hingewiesen wird.

[105] Das Bundeskartellamt nennt in seinem Beschluss ein zusätzliches Argument für die Unerlässlichkeit: Dazu weist Bundeskartellamt auf Marktbefragungen hin, gemäß derer sich der Wert der Übertragungsrechte aus dem Ausmaß der Exklusivität der ligabezogenen Rechtepakete ergebe. Da unklar bleibe, ob im Falle der Einzelvermarktung die Rechte ebenfalls exklusiv vermarktet würden, könne eine möglicherweise fehlende Exklusivität die Werthaltigkeit und in diesem Zusammenhang die Finanzierbarkeit eines ligabezogenen Produktangebotes gefährden. Um das Ausmaß der Exklusivität steuern zu können, sei demgemäß die Zentralvermarktung unerlässlich. Wahrscheinlichkeitsüberlegungen in Bezug auf die Anreize der Vereine im Fall der Einzelvermarktung und deren mögliches Interesse, zum Zwecke der maximalen Abschöpfung von Zahlungsbereitschaften ebenfalls Exklusivrechte zu vergeben, hat das Bundeskartellamt allerdings nicht vorgenommen; vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 148.

440. Bezüglich der Live-Übertragungsrechte an Einzelbegegnungen erscheint die Abwägung der Unerlässlichkeit grundsätzlich schwieriger, da mangels Erfahrungen mit anderen Situationen unklar bleibt, ob und wie stark die Zuschauer tatsächlich von einem Bündel aller bzw. bestimmter Live-Übertragungen bei einem Anbieter profitieren. Die stärksten Synergien dürften bei einem Angebot der Spiele desselben Vereins bestehen: Wird für die Einzelvermarktung angenommen, dass jeder Verein nur seine Heimspiele vermarkten könnte, dann müssten Zuschauer, die alle Spiele eines bestimmten Vereines sehen wollen, gegebenenfalls mit mehreren Anbietern Verträge schließen. Dieser Aufwand würde mit der Zentralvermarktung entfallen. Zur Erzielung dieser speziellen Bündelungsvorteile bei Live-Übertragungen einzelner Begegnungen dürfte die Zentralvermarktung ebenfalls unerlässlich sein.

5.1.3 Beteiligung der Marktgegenseite (angemessene Verbraucherbeteiligung)

441. Weiter ist zu prüfen, ob die Verbraucher an den durch die beschränkende Vereinbarung entstehenden Effizienzgewinnen angemessen beteiligt werden. Der Begriff „Verbraucher“ umfasst alle Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht, einschließlich Produzenten, die die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler, Einzelhändler und Endkunden, d. h. natürliche Personen, die außerhalb ihrer Geschäfts- oder Berufstätigkeit handeln. In dem konkreten Zusammenhang sind daher insbesondere die Medienanbieter als direkte Abnehmer der Rechte und möglicherweise auch die Zuschauer bzw. Endkonsumenten als indirekte Abnehmer zu berücksichtigen.[106] Die Weitergabe der Vorteile muss die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens ausgleichen, die den Verbrauchern durch die Wettbewerbsbeschränkung gemäß Artikel 81 Absatz 1 entstehen. [107]

442. Eine Beteiligung ist hierbei dann gegeben, wenn sich die Verbraucher besseren Produkte oder niedrigeren Preisen infolge der entstehenden Effizienznachteile gegenüber sehen. In Bezug auf die effizienzsteigernden Effekte der Bündelung dürfte eine solche Beteiligung der Verbraucher gegeben sein. Verbraucher profitieren von Qualitätsverbesserungen, die durch eine geeignete Produktbündelung zu erzielen sind. Sie können vor allem in Bezug auf die Highlight-Berichterstattung davon profitieren, dass alle Highlights von einem Anbieter gemeinsam aufbereitet werden kann. Vergleichbare Vorteile dürften die Verbraucher auch dadurch erzielen, dass das Produkt der Live-Konferenz infolge der Zentralvermarktung angeboten werden kann. In Bezug auf die Bündelung der Live-Übertragungen einzelner Spiele dürften die Bündelungsvorteile und entsprechend auch die Verbraucherbeteiligung dagegen geringer ausfallen.

443. In Bezug auf die Effekte der Preisdifferenzierung des gebündelten Angebotes erscheinen die Vorteile der Verbraucher ebenfalls unklar. Die Möglichkeit der Preisdifferenzierung durch Bündelung („block booking“, siehe Abschnitt 5.1) hat letztlich unklare Effizienzeffekte zur Folge. Selbst wenn es hierdurch zu einer Steigerung der allgemeinen Wohlfahrt kommen sollte, ist fraglich, ob sich auch Vorteile für die Medienanbieter (als direkte Abnehmer) oder die Zuschauer (als indirekte Abnehmer), d. h. die bei einer Betrachtung der Verbraucherbeteiligung maßgeblichen Marktteilnehmer, ergeben. Einige neuere Untersuchungen von Preis- und Wohlfahrtseffekten bei Produktbündelung von TV-Angeboten sprechen dafür, dass ein Angebot „à la carte“ für die Konsumenten eher von Vorteil ist.[108]

444. Die festgestellte Verbraucherbeteiligung ist, um ihre „Angemessenheit“ einzuschätzen, zudem gegen die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung und die dadurch bedingten Verbrauchernachteile abzuwägen. Die Verbraucher profitieren insbesondere im Fall der Highlight-Berichterstattung und der Live-Konferenz von Effizienzvorteilen. In Bezug auf diese Produkte ist eher vorstellbar, dass die mit der Zentralvermarktung einhergehende Wettbewerbsbeschränkung durch die entstehenden Effizienzen aufgewogen werden können als im Fall der Live Übertragung der Spiele.

---

[106] Art. 101 Abs. 3 AEUV verlangt eine angemessene Beteiligung der „Verbraucher“. Dies ist zumindest bei einem Anbieterkartell jedoch auf die Abnehmer auf allen Vertriebsstufen zu beziehen; siehe EU-Kommission, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 8, Tz. 84.

[107] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08 , Tz. 83. ff.

[108] Crawford, G. S.; Cullen, J.; Bundling, product choice, and efficiency: Should cable television networks be offered à la carte?; Information Economics and Policy 19(3–4), 2007, S. 379–404; Rennhoff, A. D./Serfes, K., Estimating the Effects of a la Carte Pricing: The Case of Cable Television, January 18, 2008.

Allerdings kann im Fall der Zentralvermarktung der negative Effekt der Wettbewerbsbeschränkung dadurch abgemildert werden, dass wettbewerbliche Elemente in das Vermarkungsmodell integriert werden. Dieser Möglichkeit wird im folgenden Abschnitt nachgegangen.

5.1.4 Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

445. Die Vereinbarung darf schließlich, um freistellungsfähig zu sein, dem bzw. den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Rivalität zwischen Unternehmen ist eine wesentliche Antriebskraft für die wirtschaftliche Effizienz einschließlich langfristiger dynamischer Effizienzsteigerungen in Form von Innovationen. Bei der Beurteilung der Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb ist daher auch deren Einfluss auf die verschiedenen Parameter des Wettbewerbs zu prüfen.[109]

446. Grundsätzlich tritt im Fall der Zentralvermarktung der Rechtevermarkter als Monopolist auf und verfügt entsprechend über hohe Marktmacht. Allerdings verfügen im Fall der Einzelvermarktung die Vereine über Marktmacht, die jedoch durch den Restwettbewerb vereinsindividueller Angebote zumindest teilweise diszipliniert wird.[110] Ein marktmächtiger Anbieter von Übertragungsrechten für Highlights und Live-Übertragungen ist grundsätzlich in der Lage, die im Markt befindlichen Renten[111] durch die Vergabe des Übertragungsrechts weitgehend abzuschöpfen. Er ist deshalb an möglichst maximalen Erlösen der Medienanbieter auf dem nachgelagerten Übertragungsmarkt interessiert. Aus diesem Grund besitzt er Anreize, in seinem Vermarktungsmodell möglichst exklusive Produkte zu definieren, um so das Monopol vom Rechtemarkt auch auf den Übertragungsmarkt auszuweiten. Dies hätte im Extremfall eine vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Übertragungsmarkt zur Folge.

447. Die konkreten Regeln des Zentralvermarktungsmodells können aber auch zu wirksamen Wettbewerb und höherer Effizienz führen.[112] Dadurch kann die Zentralvermarktung im Vergleich zur Einzelvermarktung potenziell auch eine entsprechende oder sogar höhere Wettbewerbsintensität erreichen. Da Wettbewerbselemente in der Regel die erzielbaren Erlöse des monopolistischen Vermarkters reduzieren, werden Wettbewerbselemente von einem Zentralvermarkter meist nicht freiwillig in ein Vermarktungsmodell aufgenommen. Sie sind aber eine Möglichkeit um im Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden die Freistellung einer Zentralvermarktung zu erreichen. Ob und in welchem Umfang Wettbewerbselemente im Vermarktungsmodell eine Freistellung rechtfertigen können, hängt neben dem Umfang der Wettbewerbsbeschränkung von den zuvor bereits festgestellten Effizienzen der Zentralvermarktung ab. Diese sind insbesondere im Bereich der Highlight-Berichterstattung und der Live-Konferenz vorhanden.

5.1.4.1 Wettbewerbselemente durch die Produktspezifikation

448. Prinzipiell kann bereits durch eine Teilung der Rechte in verschiedene spezifizierte Rechtebündel ein Wettbewerb initiiert werden. Werden die Übertragungsrechte in mehreren unterschiedlichen Paketbündeln vergeben, dann dürften die Pakete gewöhnlich Produkte enthalten, die untereinander größeres oder geringeres Substitutionspotenzial aufweisen. Die Rechtepakete können spezifizierte Übertragungsrechte beinhalten und das damit verbundene Angebot auf dem Übertragungsmarkt beeinflussen.

449. Eine häufig praktizierte Möglichkeit betrifft die Aufteilung der Rechte in einzelne Rechtepakete, die jeweils bestimmte Begegnungen, nur Live-Übertragungen oder Highlight Berichterstattungen (z. B. bezogen auf Zeiträume oder Wochentage) enthalten. Zwischen diesen Angeboten ist nach den zuvor getroffenen Annahmen (Tz. 379) ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn diese in Konkurrenz zueinander auf dem Übertragungsmarkt angebo-

---

[109] EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 105, ff.

[110] Vgl. Abschnitt 2.2.2 in diesem Kapitel.

[111] Unter Renten sind Erlöse und Zahlungsbereitschaften zu verstehen.

[112] Auch das Bundeskartellamt betont in seinem Beschluss, dass das „ob“ und „in welchem Umfang“ die Zentralvermarktung Möglichkeiten eröffne, den Wettbewerb auf den relevanten Märkten auszuschließen, grundsätzlich auch von der konkreten Ausgestaltung des Vermarktungsmodells abhinge; vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 159.

ten würden. Aus Sicht der Medienanbieter führt der Wettbewerb zwischen Übertragungen verschiedener Sportereignisse allerdings zu einer unerwünschten Kannibalisierung. Dieser Effekt ist umso stärker, je näher die in der Paketdefinition vorgesehene Zeitfenster für die betreffenden Ausstrahlungen aneinander heranrücken.

450. Ein marktmächtiger Bieter auf dem Rechtemarkt kann solche Kannibalisierungseffekte dadurch ausschließen, dass er alle Rechte erwirbt und in seinem Angebot auf dem Übertragungsmarkt wieder zusammenführt. Mehrere Bieter, die für sich genommen nicht marktmächtig sind, können dasselbe Ziel erreichen, indem sie sich untereinander koordinieren. Aus der bloßen Auffächerung der Rechte zwischen verschiedenen Spielen und Highlights im Rahmen eines Vermarktungsmodells – entweder durch einen oder durch mehrere sich untereinander koordinierende Bieter – folgen allerdings noch keine effizienzerhöhenden Effekte.

451. Vorgaben des Rechteanbieters oder behördliche Vorgaben zur Nutzung der Rechte im Rahmen der Paketspezifikation können eine dahingehende Koordination der Medienanbieter auf dem Übertragungsmarkt begrenzen. Beispielsweise können bestimmte Rechtepakete eine Ausstrahlung im Free-TV zu einem bestimmten Zeitfenster vorsehen. Dies gilt in der Praxis der Bundesliga-Rechtevergabe z. B. für das abgestufte Wettbewerbsverhältnis zwischen Rechten für die Live-Übertragungen im Pay-TV auf der einen und Rechte für die Übertragung der Highlight-Berichterstattung im Free-TV auf der anderen Seite.

452. Im Fall der Bundesligazentralvermarktung hatte z. B. das Bundeskartellamt es in seiner Entscheidung im Jahre 2008 als Effizienzsteigerung berücksichtigt, dass das Vermarktungsmodell aufgrund behördlicher Vorgaben die Ausstrahlung der Highlights bestimmter Samstagsspiele zu einer vorgegebenen Zeit im Free-TV erlaubte.[113]

5.1.4.2 Alleinerwerbsverbote

453. Neben den dargestellten Wettbewerbselementen, die sich ausschließlich auf Vorgaben zur Form der Verwendung von Rechten beziehen, stellen sogenannte Alleinerwerbsverbote („No-single-buyer-Regeln“) wichtige Wettbewerbselemente in einem Vermarktungsmodell dar. Alleinerwerbsverbote bezeichnen Auflagen, wonach die ausgeschriebenen Übertragungsrechte nicht durch einen einzigen Bieter erworben und auf dem Übertragungsmarkt genutzt werden dürfen. Prinzipiell können Alleinerwerbsverbote sehr unterschiedlich ausfallen. Üblich ist insbesondere, dass Pakete verschiedener Übertragungsrechte z. B. nach dem Ausstrahlungszeitpunkt (z. B. Wochentag) unterschieden werden, aber nicht alle Pakete durch den gleichen Bieter erworben werden dürfen. In diesem Fall wird durch das Alleinerwerbsverbot ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis auf dem Übertragungsmarkt hergestellt. Grundsätzlich kann dieses Wettbewerbsverhältnis auch relativ schwach ausfallen und sogar hinter der Intensität des Wettbewerbs bei einer Einzelvermarktung zurückfallen.

454. Ein wesentlich wirksameres Alleinerwerbsverbot liegt vor, wenn die Rechte für die gleiche Übertragung bzw. das gleiche Bündel von Übertragungen bestimmter Spiele für unterschiedliche Bieter ausgeschrieben werden. In dieser Konstellation können mehrere Bieter auf dem Übertragungsmarkt dieselbe Fußball-Übertragung zeigen, und die Angebote stehen dann miteinander in direkter Konkurrenz. Eine einfache Variante einer solchen No-single-buyer-Regel liegt z. B. dann vor, wenn jedes angebotene Rechtepaket an die zwei Höchstbietenden versteigert wird. Der Umstand, dass die erfolgreichen Bieter in diesem Fall mangels Exklusivität keine Monopolisten auf dem Übertragungsmarkt sind und dort auch keine entsprechenden Erlöse erzielen können, sollte dazu führen, dass der erzielbare Preis für die Paketbündel auf dem Rechtemarkt sinkt. Ein so ausgestaltetes Alleinerwerbsverbot führt grundsätzlich zu einer effizienten Ressourcenverteilung in der dargestellten Leistungskette.[114] Die Wettbewerbseffekte würden zugleich allerdings weit über den Wettbewerb der unregulierten Einzelvermarktung hinausgehen.

455. Das strenge Alleinerwerbsverbot kann allerdings in seiner Wirksamkeit wieder etwas eingeschränkt werden, indem nur ein Teil der Übertragungsrechte an mehrere Bieter vergeben wird, während ein anderer Teil weiterhin Exklu-

---

[113] BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juli 2008.

[114] Man spricht insofern auch von „allokativen Effizienzen“, die hier in erheblichem Maße zu erwarten wären.

sivrechte beinhaltet. Eine andere Möglichkeit der Abschwächung läge darin, die einzelnen parallelen Übertragungsrechte auf exklusive Verbreitungswege (z. B. das eine Recht nur Fernsehen, das andere nur OTT) oder Vertriebsmodelle (nur Pay/nur Free) zu begrenzen.

456. Im Rahmen der letztgenannten technologieexklusiven Aufteilung kann eine Effizienzsteigerung auch dadurch erreicht werden, dass gleichzeitig der Innovationswettbewerb gestärkt wird. Eine technologieneutrale Vergabe der Rechte hat indessen grundsätzlich zur Folge, dass dadurch faktisch solche Anbieter benachteiligt werden, deren Geschäftsmodell aufgrund des verwendeten Vermarktungsweges oder der verwendeten Technologie, z. B. aufgrund ihres Verbreitungsstandes, aus Anbietersicht weniger attraktiv ist. Ein Beispiel sind Live-Sportübertragungen durch einen Web-TV/OTT-Anbieter. Zwar entwickelt sich diese Technik relativ schnell; allerdings hat ein reiner OTT-Anbieter Nachteile beim Gebot auf ein technologieneutrales Paket, da die Anbieter von Kabel- und Satelliten-TV derzeit noch mehr Kunden erreichen und mit dem Recht höhere Erlöse erzielen können, die sich im Rahmen der Zentralvermarktung abschöpfen lassen. Ein Alleinerwerbsverbot, welches gerade parallele Angebote für unterschiedliche Technologien erzwingt, kann deshalb neuen Technologien Zugang zum Markt verschaffen und so den Innovationswettbewerb zusätzlich verstärken.

457. Die Umsetzung von Alleinerwerbsverboten ist zwar deshalb wettbewerblich vorteilhaft, weil mit ihnen gegebenenfalls eine bessere Ressourcenverteilung im Markt (allokative Effizienzen) verbunden ist. Allerdings besteht unter Umständen die Gefahr von Rückwirkungen auf die Produktqualität, wenn durch die Aufteilung der Rechte qualitative Vorteile der Bündelung verloren gehen. Ein solches Risiko besteht dann, wenn kein strenges Alleinerwerbsverbot vorgesehen ist (gleiches Produkt bei mehreren Anbietern), sondern infolge eines schwächeren Alleinerwerbsverbotes eine gewisse Exklusivität für bestimmte Spiele erhalten bleibt. Dies kann zu einem teilweisen oder vollständigen Verlust der Bündelungsvorteile führen, da ein umfassendes Programm in der Folge wieder aus mehreren Angeboten unterschiedlicher Anbieter zusammengestellt werden muss. Zum Beispiel könnten in Konsequenz eines Alleinerwerbsverbotes die Spiele eines Bundesligaspieltags nicht vereinsbezogen, sondern anderweitig getrennt voneinander auf verschiedenen Kanälen übertragen werden. Der Zuschauer, der die Spiele eines Vereines verfolgen möchte, müsste dann gegebenenfalls wieder die Angebote unterschiedlicher Sender wahrnehmen, um die Übertragungen seines Vereines über die Saison hinweg zu verfolgen.

458. Um diesem Problem zu begegnen, kann der Anbieter der Übertragungsrechte eine Sublizenzierung erworbener Lizenzen zulassen. In diesem Fall werden zwar die Übertragungsrechte in geteilten Bündeln für verschiedene Anbieter ausgeschrieben. Den Anbietern wird jedoch erlaubt, eine Unterlizenz des eigenen Rechtes weiter zu veräußern. In diesem Fall könnte ein Anbieter auch dann das komplette Angebot abdecken, wenn er nicht alle Rechte direkt erhält, sofern er im Anschluss Sublizenzen mit anderen Rechteerwerbern abschließt. Wenn Sublizenzen gehandelt werden, bleibt es aus Nachfragersicht grundsätzlich bei parallelen Angeboten. Zwar ist in diesem Fall aufgrund des erhalten gebliebenen Wettbewerbs auf dem Übertragungsmarkt davon auszugehen, dass Rechte effizient vermarktet werden. Durch die Notwendigkeit einer Absprache bei der Sublizenzierung erhöht sich jedoch die Gefahr einer impliziten oder expliziten wettbewerbsfeindlichen Abstimmung der Angebote auf dem Übertragungsmarkt (Kollusionsrisiken).[115]

459. Wie dargestellt wurde, stehen im Rahmen der Gestaltung eines Vermarktungsmodells eine ganze Reihe möglicher Elemente zur Verfügung, um die wettbewerbliche Effizienz auf den betroffenen Märkten zu beeinflussen. Bei der Prüfung des richtigen Ansatzes sind allerdings verschiedene Effekte zu bedenken:

- Zwar erhöht ein strenges Alleinerwerbsverbot bei gegebener Bündelung die Effizienz des bestehenden Vermarktungsmodells (statische Effizienz) am stärksten. Wird die Zentralvermarktung jedoch als eine gegenüber der Einzelvermarktung wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geprüft, dann dürfte durch ein strenges Alleinerwerbsverbot die relevante Wettbewerbsbeschränkung weit überkompensiert werden.
- Je intensiver der Wettbewerb ist, der durch ein Alleinerwerbsverbot auf dem Übertragungsmarkt entsteht, desto geringer fallen grundsätzlich auch die Erlöse aus, die den zentral vermarktenden Rechteinhabern zufließen (Monopolerlöse). Im Vergleich mit Ländern, in denen die Wettbewerbsregeln weniger streng angewendet werden, besteht das Risiko, dass so die finanzielle Basis der inländischen Vereine geschwächt wird.

---

[115] Ital. AGCM, provv. n. 25966 vom 20. April 2016, I790- Vendita diritti televisivi serie A 2015-2018.

So können isolierte Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden auch Rückwirkungen auf den Kauf von Spielern auf dem internationalen Spielermarkt und somit im internationalen sportlichen und wirtschaftlichen Wettbewerb der Vereine haben. Dieses Problem von Spill-over-Effekten der Anwendung des Wettbewerbsrechts wird in Abschnitt 7 ausführlich diskutiert.

5.2 Das konkrete Vermarktungsmodell der DFL

460. Im März 2016 hat das Bundeskartellamt gegenüber dem Ligaverband und der DFL ein Vermarktungsmodell in einer Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß § 32b GWB freigegeben. Das genehmigte Vermarktungsmodell enthält eine Reihe von Rechtepaketen, die nach Spieltagen und Uhrzeiten differenziert wurden. Ferner wurde bei der Kombination zwischen Rechten der Highlight-Berichterstattung sowie Live-Spielen unterschieden. Außerdem wurden die Rechtepakete gemäß der Verpflichtungszusagen so ausgestaltet, dass Pakete teils abhängig von dem Angebot im Pay- oder Free-TV, teils unabhängig von Pay- und Free-TV ausgeschrieben wurden.

461. Das Ausschreibungsverfahren des aktuellen Vermarktungsmodells der DFL ist so ausgestaltet, dass in einer ersten Ausschreibungsrunde zunächst alle Live-Rechtepakete nacheinander ausgeschrieben werden (sequenzielle Ausschreibung). Die DFL sieht hierbei für jedes der Pakete einen Mindestverkaufswert vor (Vorbehaltspreis), der jedoch den Bietern nicht mitgeteilt wird. Auf diese Weise wird keiner der potenziell geeigneten Paketkäufer von der Ausschreibung ausgeschlossen. Allerdings lässt das Vermarktungsmodell zu, dass die DFL ihre Angebote hinsichtlich eines Mindestpreises koordiniert. Zudem bietet die sequenzielle Ausschreibung den Bietern die Möglichkeit, abhängig von dem Erwerb weiterer Live-Rechtepakete ihre Bietstrategie anzupassen.[116] Bei jeder Paketauktion erhält der Höchstbietende den Zuschlag, sofern sein Gebot größer als der Vorbehaltspreis und das zweithöchste Gebot mindestens 20 Prozent niedriger ist. Anderenfalls werden die Pakete in einer zweiten Ausschreibungsrunde (Reservationspreis-Auktion) erneut und simultan angeboten. Kommt aufgrund der Mindestpreise kein Anbieter zum Zug, kann die DFL das Paket auch nicht vergeben oder selbst ein Angebot auf dem Übertragungsmarkt gestalten.[117]

462. Das Bundeskartellamt hat bei seiner Prüfung der von der DFL und dem Ligaverband vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen sein Augenmerk insbesondere darauf gelegt, dass die Bündelung verschiedener Pakete des Vermarktungsmodells effizient ausgestaltet wird. Diese Ausgestaltung zielt darauf, die Rechtepakete an den Zuschauerpräferenzen bzw. deren Sehgewohnheiten auszurichten, wobei in der Entscheidung des Bundeskartellamtes betont wird, dass durch die Zentralvermarktung und diese ligabezogene Erzeugung von Rechtepaketen voraussichtlich qualitative Effizienzgewinne erzielt werden.[118] Das Bundeskartellamt hebt in seiner Entscheidung zudem die Wichtigkeit des Innovationswettbewerbs hervor. Es betont, dass Bieter wie Sky traditionell ihr Angebot auf Kabel und Satellitenkunden ausrichten und somit der Markt z. B. für Internetangebote nicht ausreichend geöffnet werde, weshalb Wert auf ein Alleinerwerbsverbot gelegt worden sei.[119]

463. Durch das vom Bundeskartellamt gebilligte Vermarktungsmodell wird zumindest ein partieller Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt geschaffen. Dies betrifft insbesondere die Übertragungsrechte an Live-Spielen. Das vermarktete Rechtepaket H ist das einzige Paket, das Live-Rechte für die Übertragung von Spielen als Free-Angebot beinhaltet. Das Paket umfasst in diesem Zusammenhang sechs Spiele, die auch in einem für das Pay-TV ausgeschriebenen Paket angeboten werden. Auf diese Weise wird durch die Paketgestaltung für die Übertragung dieser Spiele unmittelbar Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt geschaffen. In Bezug auf das abgestufte Wettbewerbsverhältnis zwischen

---

[116] Da die Bieter nach jeder Paketauktion Informationen über das Bietverhalten der Konkurrenten (durch den Erwerb oder Nicht-Erwerb des Paketes) gewinnen, ist gemäß der positiven Synergien zu erwarten, dass die Erträge aus der sequenziellen Ausschreibung höher ausfallen als im Fall einer simultanen Ausschreibung der Live-Rechtepakete; vgl. Benoît, J.-P./Krishna, V., Multiple-object auctions with budget-constrained bidders, Review of Economic Studies 68 (1), 2001.

[117] Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 22 Punkt 6.

[118] Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 138 ff.

[119] Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 138 ff. ; Auch in der Pressemitteilung zu dieser Entscheidung hebt das Amt den Zusammenhang zwischen Alleinerwerbsverbot und Innovationswettbewerb hervor: „Solange nur ein Inhaber der Live-Rechte am Markt ist, birgt dies die Gefahr, dass der Innovationswettbewerb –insbesondere der von internetbasierten Angeboten – beschränkt wird.“; vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 11. April 2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/11_04_2016_DFL%20Abschluss.html, Abruf am 12. April 2016.

Live-Spielen und Highlights ist zu berücksichtigen, dass die Rechtepakete für die Highlights eine Übertragung am selben Tag im Free-TV zulassen; insbesondere bleibt es dabei, dass die Highlights der Begegnungen am Samstag bereits um 18:30 Uhr übertragen werden (Paket I).

464. Alle Live-Rechtepakete sind nach der Entscheidung weiterhin technologieneutral zusammenzustellen. Der Gewinner der jeweiligen technologieneutralen Pakete entscheidet alleinig über die Verbreitungswege und Ausstrahlung auf dem Übertragungsmarkt. Dies kann dazu führen, dass Wettbewerb zwischen Angeboten auf unterschiedlichen Verbreitungswegen (Technologien) zunächst verhindert wird. Allerdings ist das neue Vermarktungsmodell gegenüber früheren Vermarktungsrunden hinsichtlich eines spezifischen Alleinerwerbsverbots ergänzt worden. Das Alleinerwerbsverbot besagt hierbei, dass nicht ein Bieter alleinig alle als Pay-Angebot ausgeschriebenen Live-Rechtepakete ausstrahlen darf. Sollte ein Bieter den Zuschlag für alle Live-Rechte, d. h. Pakete A bis E, erhalten, wird in der zweiten Auktionsrunde ein weiteres Rechtepaket angeboten, dass eine Kombination von Spielen der Pakete C und E darstellt. Dieses OTT-Paket beinhaltet die Übertragungsrechte über die Verbreitungswege Web-TV und Mobile-TV. Die Übertragungsrechte über diese Wege werden dem Besitzer der Pakete A bis E entzogen.[120]

465. Die im deutschen Vermarktungsmodell bestehende Regelung zum Alleinerwerbsverbot erfordert demnach eine Betrachtung über beide Ausschreibungsrunden. In der ersten Ausschreibungsrunde (Vorbehaltspreis-Auktion) greift demnach noch keine ausdrückliche Regelung, die verhindert, dass ein Anbieter alle angebotenen Pakete ersteigert. Es ist durchaus möglich, dass alle Live-Rechtepakete im Pay-Angebot zunächst an einen Bieter vergeben werden. Sollte dieser Fall eintreten, ist das Medienunternehmen jedoch nicht alleiniger Anbieter für alle Übertragungen, da ein zweiter Bieter durch die Ausschreibung des OTT-Pakets in der zweiten Ausschreibungsrunde (Reservationspreis-Auktion) einen Anteil von diesen Live-Rechten für die Übertragung im Mobile TV/Web-TV erhält und ausstrahlen wird.[121]

466. Der durch das OTT-Paket mögliche direkte Wettbewerb zwischen Web-TV und konventionellem Pay-TV kann allerdings durch den potenziell Höchstbietenden umgangen werden, indem der finanziell stärkste Interessent darauf verzichtet, auf eines der Live-Pakete zu bieten. Der Bieter besitzt insbesondere Anreize, das unattraktivste Paket in der ersten Vermarktungsrunde auszulassen, sofern der Wert der übrigen exklusiven Rechtepakete höher wiegt als der Erwerb aller Pakete bei gleichzeitiger Akzeptanz eines Konkurrenten auf dem OTT-Markt. Tatsächlich hatte die Auktionierung der Rechte im Juni 2016 zum Ergebnis, dass Sky Deutschland GmbH beim Gebot auf die Pakete B bis E erfolgreich war, während das Paket A an den neuen Erwerber Eurosport ging.[122] Das explizite OTT-Paket wurde somit nicht vergeben.

467. Das Vermarktungsmodell von DFL und Ligaverband enthält mit der Festlegung von Vorbehalts- und Reservationspreisen zudem problematische Mindestpreisvorgaben, die wettbewerblich nicht zu rechtfertigen sein dürften. Zur Freistellung koordiniert bestimmter Mindestpreisvorgaben reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn dadurch Preise in die Höhe getrieben werden sollen.[123] Im konkreten Fall ist es aber gerade das Ziel, hohe Preise für die vermarkteten Rechte zu erzielen. Dazu ist das Zentralvermarktungsmodell der DFL, wie schon zuvor dargestellt wurde, so aufgebaut, dass die Rechte in den zwei Ausschreibungsrunden jeweils mit nicht öffentlichen Mindestpreisen angeboten werden. Der koordiniert festgelegte Mindestpreis (Vorbehaltspreis) in der ersten Runde wirkt wie ein zusätzlicher Wettbewerber und setzt den Bietern Anreize Gebote in Höhe ihrer Zahlungsbereitschaft zu platzieren. Erreichen die Gebote den Vorbehaltspreis nicht, kann der Mindestpreis (Reservationspreis) in der zweiten Runde so gesetzt werden, dass die

---

[120] Für den Verlust der Rechte für die Web- und Mobile-TV Ausstrahlung, die in der ersten Ausschreibungsrunde in den Paketen A bis E enthalten waren, wird der Bieter dieser Pakete nicht kompensiert.

[121] Für jeden erfolgreichen Bieter bestehen Verwertungsverpflichtungen. Solche Verpflichtungen bestehen auch für den Lizenznehmer bei einer Sublizenzierung; siehe Anhang zum Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Ziffer 3.7.

[122] Gemäß der Verpflichtungszusagen 2016 ist das Paket A weniger attraktiv, unter anderem weil ein Anteil der enthaltenen Spiele bereits in einem Free-Angebot enthalten ist und somit bzgl. dieses Anteils Wettbewerb bereits unumgänglich ist.

[123] Diesbezüglich ist zu beachten, dass im vorliegenden Fall – anders als in Ausschreibungsverfahren, die einzelne Anbieter mit dem Ziel hoher Preise durchführen – gerade die mit der koordinierten (!) Mindestpreisfestsetzung einhergehende Wettbewerbsbeschränkung durch etwaige damit einhergehende Effizienzen gerechtfertigt werden muss.

zuvor offenbarte Zahlungsbereitschaft der Bieter abgeschöpft wird. Es sind keine Effizienzen ersichtlich, für deren Erzielung die hier in dieser Form erfolgte koordinierte Mindestpreisfestsetzung auf Anbieterseite i. S. v. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB unerlässlich wäre.

468. Eine Rechtfertigung für die vereinbarten Mindestpreise dürfte sich insbesondere auch nicht daraus ergeben, dass die Vereine durch die koordinierten Mindestpreise eine angemessene Vergütung für die ihnen zustehenden Rechte sicherstellen. Denn über ihre Funktion als Abwehrrechte hinaus ist der Inhalt dieser Rechte unklar und die Möglichkeit, eine bestimmte Vergütung zu fordern, nicht erkennbar rechtlich abgesichert.[124]

469. Die in der Zentralvermarktung festgelegten Konditionen, zu denen die Verträge mit den erfolgreichen Bietern abgeschlossen werden sollen, können ferner Klauseln beinhalten, die möglicherweise im Rahmen dieser Verträge zu weiteren Wettbewerbsbeschränkungen führen können. Diese Wettbewerbsbeschränkungen dürften neben den wettbewerbsbeschränkenden Aspekten der Bündelung, soweit erkennbar, allerdings von geringerer Schwere sein.

470. Die Monopolkommission hält inhaltlich eine differenzierte Bewertung des Vermarktungsmodells der DFL für geboten. Im Ergebnis sind als positive bzw. negative Aspekte folgende Ineffizienzen und Effizienzen im aktuellen Vermarktungsmodell der DFL hervorzuheben:

- Wettbewerbselemente bestehen insbesondere in Form der bereits in früheren Ausschreibungen üblichen parallelen Übertragung einer kleineren Zahl von Live-Spielen im Free-TV sowie durch die relativ zeitnahe Highlight Berichterstattung im Free-TV. Dadurch entstehen für die Verbraucher Vorteile in Form günstigerer Angebote und entsprechend höherer Verbreitung.
- Im Unterschied zu früheren Ausschreibungen kann ein einzelner Anbieter zudem nicht mehr alle Live-Übertragungen im Pay-TV für alle Technologien erwerben. Infolge dieses Alleinerwerbsverbots ist die Ausschreibung eines neuen OTT-Paketes an einen entsprechenden Bieter möglich. Tatsächlich lässt das Vermarktungsmodell einem potenziellen Alleinerwerber aber die Möglichkeit auf ein geringwertigeres technologieneutrales Paket zu verzichten und dadurch die Vergabe des OTT-Paketes zu verhindern. Gegenüber einem direkten OTT-Angebot wird eine Öffnung für den Innovationswettbewerb deshalb nur in relativ geringem Maße erreicht.
- Zudem lässt das Ausschreibungsverfahren eine Koordination der Preise für das Angebot von Übertragungen auf Basis verschiedener Rechtepakete durch unterschiedliche Medienanbieter zu, indem im Rahmen beider Auktionsrunden jeweils koordinierte Preisuntergrenzen gesetzt werden. Diese Preisuntergrenzen dürften in der vorliegenden Form ihrerseits kaum zu rechtfertigen sein.
- Darüber hinaus entstehen gegenüber der Einzelvermarktung Effizienzen durch die Bündelung der Angebote, insbesondere in Bezug auf die Highlight-Berichterstattung.
- Das Alleinerwerbsverbot kann allerdings für die Zuschauer nachteilige qualitative Konsequenzen haben, sollte es nicht zu einer Sublizenzierung zu Gunsten des Erwerbers der meisten Pakete kommen. Denn in diesem Fall müssten die Zuschauer gegebenenfalls die Inhalte bei mehreren Pay-Anbietern kaufen oder auf spezifische Übertragungen verzichten.[125] Hiermit können potenziell auch wettbewerbliche Ineffizienzen gegenüber einer Einzelvermarktung verbunden sein.

6 Problem: Unvollständige Ermittlung im Verfahren nach § 32b GWB

471. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die bisherige Praxis, Verfahren zur Überprüfung der Vermarktungsmodelle für Sportübertragungsrechte auf Basis von Verpflichtungszusagen zu beenden, in Zukunft nicht weiter fortgesetzt

[124] Siehe schon Tz. 357, 412 in diesem Gutachten.

[125] Die Vergabe von Sublizenzen könnte diese erwarteten Ineffizienzen verhindern, indem der finanziell stärkste Anbieter dem Unternehmen, welches das (unattraktive) Rechtepaket erworben hat, die Differenz aus dessen erwartetem monopolistischen Gewinn und dem erwarteten wettbewerblichen Gewinn bei Ausstrahlung beider Anbieter auszahlt. Es ist allerdings zu erwarten, dass das finanziell stärkere Unternehmen diese Differenz zahlen wird, da es durch die Übertragung aller Spiele voraussichtlich Verbundvorteile generieren kann.

werden. Das Bundeskartellamt hat die Vermarktungsmodelle der DFL und des Ligaverbands in den Jahren 2008, 2012 und 2016 überprüft und das Verfahren jeweils beendet, nachdem die Beteiligten auf die kartellbehördlichen Bedenken hin Verpflichtungszusagen abgegeben hatten.

472. Das Bundeskartellamt hat dahingehend Ermessen, ob es Verfahren konfrontativ führt (Amtsverfahren) oder durch die Annahme von Verpflichtungszusagen abschließt (Zusagenverfahren).[126] Das Instrument des Zusagenverfahrens steht insbesondere für Fälle zur Verfügung, in denen ein Amtsverfahren aufgrund der Anforderungen an die Beurteilung und den Nachweis etwaiger Wettbewerbsverstöße aufwendig wäre.[127] Derartige Schwierigkeiten sind bei einer Prüfung der Vermarktungsmodelle der DFL und des Ligaverbands grundsätzlich anzunehmen.

473. Bei der Untersuchung der Vermarktungsmodelle der DFL und des Ligaverbands hat das Bundeskartellamt bislang einen nicht-konfrontativen und evolutiven Ansatz gewählt. Dabei wurde die Prüfung jeweils an die Marktentwicklung angepasst und bei Bedarf schrittweise auf zusätzliche Aspekte der Zentralvermarktung erstreckt. Dem Ansatz des Bundeskartellamtes liegt die Einschätzung zugrunde, dass eine Entscheidung nach § 32b GWB die Vermarktung von ligabezogenen Paketen über verschiedene Verbreitungsarten und-wege durchsetzbar macht und es ermöglicht, die Gebote der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit im Rahmen des Verwertungsverfahrens zu überwachen.[128] Diese Einschätzung erscheint mit Blick auf die einzelnen Entscheidungen des Amtes nachvollziehbar und begegnet keinen Bedenken.

474. Der bisherige evolutive Ansatz auf Basis von Verpflichtungszusagen eröffnet allerdings einen Gestaltungsrahmen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt die betroffenen Wettbewerbsverhältnisse ganzheitlich und fortlaufend regelt, anstatt nur einzeln identifizierte Wettbewerbsverstöße abzustellen. Dies liegt daran, dass das Bundeskartellamt die bisherigen Vermarktungsmodelle jeweils nur einer vorläufigen Beurteilung unterzogen und dann Verpflichtungszusagen der DFL und des Ligaverbands zur Ausräumung seiner jeweiligen Bedenken entgegen genommen hat. Dabei konnte es bei Bedarf verlangen, dass diese Zusagen angepasst werden, um veränderten Marktentwicklungen Rechnung zu tragen. Ein solches evolutives Vorgehen liegt prinzipiell nahe, wenn sich die Entwicklung der der kartellbehördlichen Beurteilung zugrunde liegenden Marktverhältnisse nur schwer einschätzen lässt. In Hinblick auf die Prüfung der Vermarktungsmodelle der DFL und des Ligaverbands hat sich das Bundeskartellamt allerdings mit wesentlichen Punkten des zur Prüfung stehenden Sachverhalts bereits wiederholt befasst. Das spricht dafür, dass es ein Amtsverfahren jedenfalls in zukünftigen Fällen innerhalb eines vertretbaren Zeitraums von einigen Monaten durchführen könnte.[129]

475. Der wiederholte Rückgriff auf Zusagenverfahren hinsichtlich zukünftiger Vermarktungsmodelle wäre zudem aus mehreren Gründen kritisch zu sehen. Insbesondere besteht ein Risiko, dass solche Zusagenverfahren mit der Zeit wettbewerbliche Fehlentwicklungen begünstigen können. Erstens lässt sich in den jeweiligen Verfahren nicht ausschließen, dass der lediglich vorläufigen kartellbehördlichen Beurteilung unzutreffende Sachverhaltsannahmen zugrunde liegen, etwa zu Inhaber bzw. Gegenstand der vermarkteten Rechte oder zur Marktabgrenzung. Zweitens können angesichts der nur vorläufigen Beurteilung auch Unklarheiten hinsichtlich des rechtlichen Bewertungsmaßstabs (Schadenstheorie) verbleiben. Drittens ist es möglich, dass die Verpflichtungszusagen, auf deren Abgabe hin das Verfahren beendet wird, zur Ausräumung der kartellbehördlichen Bedenken nach einem objektiven Maßstab entweder nicht ausreichen oder zu weit gehen. Derartige Defizite sind mit Blick auf die bisherigen Entscheidungen des Bundeskartellamtes zwar nicht eindeutig ersichtlich. Allerdings liegen den bisherigen Entscheidungen nur relativ knappe Erwägungen zugrunde, in denen inhaltliche Festlegungen nach Möglichkeit vermieden werden. Eine Verfügung zum Abschluss eines Amtsverfahrens würde ausführlich begründet und nicht nur auf eine vorläufige Beurteilung der relevanten Wettbewerbsverhältnisse gestützt. Dies würde möglichen Entscheidungsdefiziten grundsätzlich entgegenwirken.

---

[126] Siehe § 32 bzw. § 32b GWB.

[127] Zum EU-Recht siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 19), Tz. 507.

[128] So BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, Tz. 109.

[129] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V), Rz. 44, wo angenommen wurde, dass ein Amtsverfahren bereits für die Spielzeiten ab 2013/2014 innerhalb von „wenigen Monaten“ durchführbar gewesen wäre.

476. Des Weiteren sind mit dem Instrument des Zusagenverfahrens als solchem Risiken verbunden, auf welche die Monopolkommission zum Teil auch bereits in einem anderen Zusammenhang hingewiesen hat.[130] Diese Risiken werden im Vergleich mit dem Amtsverfahren deutlich. Im Amtsverfahren hat die Kartellbehörde den Sachverhalt aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes von Amts wegen zu ermitteln und muss dabei alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände berücksichtigen.[131] Die Ermittlungspflicht umfasst insbesondere auch wettbewerbsrelevante Interessen von nicht verfahrensbeteiligten Dritten (hier z. B. von Sponsoren, Spielern, Zuschauern). Demgegenüber kann die Behörde sich im Zusagenverfahren darauf beschränken, den Sachverhalt in einem Maße auszuermitteln, das eine vorläufige Beurteilung gestattet. Im Anschluss genügt es, die Ermittlung auf solche Gesichtspunkte zu konzentrieren, die für die Prüfung der angebotenen Verpflichtungszusagen bedeutsam sind. Zwar bleibt die Behörde frei, weiter eigene Ermittlungen vorzunehmen, doch kann sie zumindest in dem Maße auf Ermittlungen verzichten, in dem die Verpflichtungszusagen ihre vorläufigen Bedenken ausräumen. Damit besteht jedoch auch ein Risiko, dass die Marktsicht der Behörde verzerrt wird, weil sie keine umfassende Sachverhaltsprüfung vornimmt, sondern vor allem solche Informationen ermittelt, die für die Würdigung der konkreten Verpflichtungszusagen maßgeblich sind.[132] Dies ist im vorliegenden Fall deshalb relevant, weil das Bundeskartellamt zwar Stellungnahmen von Marktteilnehmern zum vorgeschlagenen Vermarktungsmodell eingeholt, aber darüber hinaus auf Maßnahmen wie z. B. eine allgemeine Zuschauerbefragung verzichtet hat.[133]

477. Eine verfahrensbeendende Entscheidung aufgrund von Verpflichtungszusagen kann zudem – was die Beurteilung der wettbewerblichen Situation betrifft – nur sehr eingeschränkt im Rahmen von Rechtsmitteln überprüft werden. Das liegt daran, dass die betreffenden Unternehmen Verpflichtungszusagen nur dann abgeben, wenn sie den kartellbehördlichen Bedenken gerade nicht entgegentreten, sondern diese vielmehr durch die Zusagen ausräumen wollen. Andere Marktteilnehmer sind nur dann rechtsmittelbefugt, wenn sie aufgrund einer erheblichen Berührung ihrer Interessen am Verfahren beteiligt worden sind. Am vorliegenden Verfahren waren neben der DFL und dem Ligaverband die FC Bayern München AG und mehrere potenzielle Bieter beteiligt. Die übrigen deutschen Profi-Fußballvereine der Bundesliga und der 2. Bundesliga und deren Kapitalgesellschaften waren nicht formell verfahrensbeteiligt.

478. Speziell mit Blick auf die Vermarktungsmodelle für die Übertragungsrechte an Premium-Fußballereignissen spricht zuletzt auch gegen die Fortsetzung der Überprüfung im Rahmen von Zusagenverfahren, dass den Entscheidungen des Bundeskartellamtes eine Musterfunktion für andere Vermarktungsmodelle sowohl im deutschen Fußball als auch in anderen Sportarten (z. B. Handball) zukommt und sie auch international beachtet werden dürften. Dieser Musterfunktion können Verfahren, die aufgrund vorläufiger Beurteilung abgeschlossen werden, nur sehr bedingt gerecht werden.

7 Internationale Erfahrungen und Kohärenz der Kartellrechtsanwendung

479. Das deutsche Zentralvermarktungsmodell betrifft zwar lediglich Rechte, die nach nationalem Recht bestehen und bei der DFL und dem Ligaverband gebündelt sind. Es kann wegen seiner Bedeutung für die Finanzierung des deutschen Profi-Fußballs, der auch international im sportlichen und wirtschaftlichen Wettbewerb steht, jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Im Folgenden werden deshalb die Zentralvermarktungsmodelle in anderen EU-Mitgliedstaaten beschrieben (Abschnitt 7.1) und die Zusammenhänge zwischen den abgegebenen Verpflichtungszusagen in den jeweiligen Mitgliedstaaten herausgearbeitet (Abschnitt 7.2).

---

130 Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 506 ff (zum Zusagenverfahren auf EU-Ebene).

131 § 24 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) (analog).

132 Das gilt speziell im deutschen Recht, welches es – anders als das EU-Recht – nicht erfordert, dass die Behörde vor Erlass ihrer Entscheidung eine kurze Zusammenfassung des Falls und den wesentlichen Inhalt der abgegebenen Verpflichtungszusagen oder der geplanten Vorgehensweise veröffentlicht und dadurch auch interessierten Dritten eine Möglichkeit zur Stellungnahme gibt (Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003). Im deutschen Recht ist nur eine Anhörung Verfahrensbeteiligter erforderlich (§ 56 Abs. 1 GWB).

133 Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 68 ff.

7.1 Zentralvermarktung in anderen europäischen Ligen

480. Die Vermarktung von Übertragungsrechten nationaler Fußball-Wettkämpfe findet nicht nur in Deutschland zentral statt. So werden in mehreren europäischen Ligen wie beispielsweise in Frankreich, Italien, England, Dänemark, den Niederlanden und Spanien die Übertragungsrechte an Fußball-Spielen als auch ihrer Berichterstattung zentral vertrieben (siehe Tabelle I.4).

481. Die Zentralvermarktung der Primera Division in Spanien wurde erst zur Saison 2016/17 durch eine Verordnung der Regierung 2015 eingeführt. Zuvor waren die Übertragungsrechte einzeln vermarktet worden. Die vier stärksten Fußballvereine konnten bislang ca. 45 Prozent der Gesamteinnahmen aus der Vermarktung für sich in Anspruch nehmen, während insbesondere die kleineren Vereine nur geringe Gewinne verzeichneten. Die Begründung der Regierung für die Einführung der Zentralvermarktung bezog sich auf die Differenz der Gesamteinnahmen aus der Vermarktung verglichen mit der englischen Premiere League. In Spanien bemaß sich der Erlös aus der Einzelvermarktung auf ca. EUR 800 Mio. In England konnten Erlöse in Höhe von ca. EUR 1,87 Mrd. pro Jahr erzielt werden. Als Begründung, warum die Zentralvermarktung verordnet wurde, gab die Regierung an, dass hierdurch eine gerechtere Verteilung höherer Einnahmen auf die spanischen Fußball-Vereine erzielt würde.[134] Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung wurde somit rechtlich sogar erzwungen, um den spanischen Fußball im internationalen Vergleich zu stärken.

482. Neben der spanischen Zentralvermarktung wird auch die französische und niederländische Zentralvermarktung mit nur geringen Auflagen zugelassen beziehungsweise gewünscht. Hingegen wurden in Dänemark, England und Italien Verpflichtungszusagen vereinbart um das Wettbewerbspotenzial der Vermarktung zu steigern. Dies wurde insbesondere anhand von Alleinerwerbsverboten umgesetzt. Die Sicht auf die Zentralvermarktung unterscheidet sich folglich von Land zu Land.

483. Die englische „No-single-buyer Rule" ist so ausgestaltet, dass ein Bieter maximal fünf der sieben Live-Rechte-Pakete erwerben darf bzw. maximal 126 Spiele. Die ausgeschriebenen Pakete sind hierbei technologieneutral zusammengestellt und beinhalten jeweils die Rechte spezifischer Spiele. Das englische Alleinerwerbsverbot bewirkt somit, dass es keinen alleinigen (monopolistischen) Anbieter für die Übertragung aller Fußball-Spiele der Premier League gibt. Die Anbieter haben daher den Anreiz, hinsichtlich der Übertragungswege innovative Wege zu nutzen. Allerdings stehen die beiden Pay-Anbieter insbesondere durch die Paketgestaltung nicht im Wettbewerb um Zuschauer für die gleichen Spielübertragungen. Die Verbrauchervorteile durch die englische Regelung dürften somit begrenzt sein.

484. Vor der Ausschreibung 2015 beinhalteten die englischen Verpflichtungszusagen eine sogenannte „Must-offer"-Regelung. Dabei handelt es sich um eine Regelung, die einem Alleinerwerbsverbot ähnelt, aber den erfolgreichen Bieter auf dem Rechtemarkt trifft. Die englische Must-offer-Regelung zwang BSkyB als erfolgreichen Bieter dazu, die Kanäle „Sports 1" und „Sports 2" einem Wettbewerber, welcher einen anderen Verbreitungsweg als BSkyB nutzte, zu regulierten Großhandelspreisen zur Verfügung zu stellen. Diese Regelung sollte insbesondere den Zugang zu Sportinhalten über das Internet verbessern. In dem Ausschreibungsverfahren 2015 sah Ofcom jedoch keine Notwendigkeit mehr für eine Must-offer-Regelung, da das (Internet-)Angebot von Sky Ltd. hinreichend gegeben erschien.[135]

485. In Italien ist in Anlehnung an die englische Regelung ein Alleinerwerbsverbot in den Abhilfemaßnahmen der Lega Calcio festgelegt worden. Auch diese Regelung besagt, dass nicht alle vereinbarten Live-Rechte-Pakete an einen einzelnen Bieter gehen dürfen. Die italienische und englische Regelung unterscheiden sich allerdings stark in ihrer Wirkung, da die Paketgestaltung in Italien anders festgelegt wurde als in England. Die italienischen Pakete sind nur zum Teil technologieneutral. Zwei der angebotenen Pakete (Paket A und B) beinhalten dieselbe hohe Anzahl an Spielen und sind abhängig vom Verbreitungsweg definiert worden. Diese Pakete beinhalten die exklusiven Übertragungsrechte für

---

[134] N. N., TV-Revolution in Primera Division – Barcelona und Real Madrid teilen: Zentralvermarktung in Spanien kommt, Focus.de vom 1. Mai 2015.

[135] Eine solche Regelung ist zumindest dann erforderlich, wenn die Verweigerung des Zugangs zu den Spielen durch den erfolgreichen Bieter missbräuchlich wäre; vgl. die brit. Ofcom, CW/01138/09/14, Statement vom 19. November 2015; zum Verfahrensgang auch BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 51-53.

terrestrisches Fernsehen oder Satellit. Sie gewährleisten somit, dass Zuschauer die Live-Spiele bei zwei unterschiedlichen Anbietern (über unterschiedliche Verbreitungswege) verfolgen können, sofern die beiden Pakete nicht von einem alleinigen Anbieter ersteigert werden.

486. Bei der Vergabe der Übertragungsrechte für 2015 bis 2018 kam es laut der italienischen Wettbewerbsbehörde (Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato) in diesem Zusammenhang zu einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache. Sky Italia gab insbesondere für die beiden plattform-exklusiven Pakete die höchsten Gebote ab, während der Wettbewerber Mediaset seine Gebote für Pakete A und B abhängig von dem Nichterhalt des jeweilig anderen Paketes machte. Da Sky Italia durch den Erwerb der beiden Pakete alleiniger Anbieter für einen sehr umfangreichen Anteil der Live-Spiele auf allen Übertragungswegen gewesen wäre, sah die Lega Calcio sich gezwungen, eines der beiden Pakete an einen zweiten Bieter zu vergeben. Das Gebot von Mediaset auf das Paket B der terrestrischen Ausstrahlung war das zweithöchste und wurde daher bei der Rechtevergabe ebenso berücksichtigt.[136] Letztendlich teilte Lega Calcio das Paket B (Terrestrik) Mediaset und das Paket A (Satellit) Sky Italia zu. Zudem wurde beschlossen, dass bezüglich der Verwertung weiterer von den Sendern ersteigerter Pakete eine Aufteilung unter den beiden Anbietern stattfinden solle. Diese Einigung von Lega Calcio (in Verbindung mit Infront), Mediaset und Sky Italia wurde von der italienischen Wettbewerbsbehörde als wettbewerbsbeschränkende Absprache der Unternehmen identifiziert.[137]

Tabelle I.4: Übersicht über europäische Zentralvermarktungen der Fußball-Medienrechte

Land	Wettkampf	Dauer (Saison)	aktueller Zeitraum	Kartellrechtliche Entscheidung	Alleinerwerbsverbot
Deutschland	Bundesliga und 2. Bundesliga (DFL)	4	2017/18 - 2020/21	ja	Falls ein Medienanbieter alle Live-Rechtepakete (Pay) erwirbt, werden Web-TV/Mobile-TV Rechte für einen Teil der Spiele an einen anderen Bieter gegeben.
Großbritannien	Premier League	3	2016/17 - 2018/19	ja	Es dürfen höchstens fünf der sieben Pakete von einem Anbieter erworben werden
Frankreich	Ligue 1 et 2 (LFP)	4	2016/17 - 2019/20	nein	–
Italien	Serie A (Lega Calcio, Infront)	2	2015/16 - 2017/18	ja	Ein Medienanbieter kann nicht alle Live-Rechtepakete ersteigern. Mindestens ein Paket muss an einen anderen Anbieter gehen.
Spanien	Primera Division	3	2016/17 - 2018/19	nein	–
Dänemark	Superligaen (ADLC)	6	2015/16 - 2020/21	ja	Ein Medienanbieter kann maximal vier von sechs Live-Begegnungen erwerben. Ein Medienanbieter kann nicht die beiden attraktivsten Begegnungen erwerben.
Niederlande	Eredivisie (KNVB)	3	2014/15 - 2016/17	nein	–

Quelle: Eigene Darstellung, basierend auf Informationen von den Internetseiten der nationalen Wettbewerbsbehörden

---

[136] Hierbei war das Gebot von Mediaset auf den Nicht-Erwerb des Paketes A bedingt. Bedingte Gebote sollten gemäß der Verpflichtungszusagen der Europäischen Kommission im Allgemeinen nicht zugelassen werden, da die Gefahr besteht, dass ein Bieter sein Gebot auf den Erwerb aller (Live-)Rechte bedingt und dies zu einer Marktabschottung auf dem Übertragungsmarkt führt. Obwohl das Gebot von Mediaset nicht auf den Alleinerwerb aller Rechtepakete bedingt war, sah die italienische Lega Calcio das Gebot zunächst kritisch.

[137] Ital. AGCM, provv. n. 25966 vom 20. April 2016, I790 – Vendita diritti televisivi serie A 2015-2018; dazu auch http://uk.reuters.com/article/uk-italy-antitrust-soccer-idUKKCN0UV0UJ, Abruf am 21. April 2016; http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2290-a-66-million-euro-fine-imposed-on-sky,-mediaset-premium,-lega-and-infront-by-the-italian-competition-authority.html (Press Release AGCM vom 20. April 2016), Abruf am 21. April 2016; Italian Competition Report Case Summary (amsl-law.it).

487. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die betrachteten Alleinerwerbsverbote ein als gering einzuschätzendes Maß an Wettbewerb umsetzen. Das englische Verbot erscheint hierbei eher schwach zu sein, da es keinen direkten Wettbewerb hinsichtlich spezifischer Live-Rechte bezweckt. Das italienische Alleinerwerbsverbot fördert den Wettbewerb hinsichtlich einzelner Spiele, indem es spezifische Pakete mit Live-Übertragungsrechten exklusiv für spezifische Verbreitungswege ausschreibt. Wie aufgezeigt, kann es bei dem italienischen Vermarktungsmodell zu Absprachen zwischen den beteiligten Unternehmen kommen, was wiederum wettbewerbsschädlich sein kann. Im Vergleich mit der deutschen Regelung ist insbesondere der Lösungsansatz in Italien von Bedeutung. Ebenso wie in Deutschland wurde dort ein Alleinerwerbsverbot festgelegt, bei dem nicht ausgeschlossen war, dass es durch eine wettbewerbsbeschränkenden Koordination auf Bieterebene unterlaufen würde. Das Bundeskartellamt hat dieses Risiko gesehen, dennoch aber auf gegenläufige Vorgaben verzichtet, da ihm nicht angemessen mit Verpflichtungszusagen zu begegnen sei. Die Beschlussabteilung hat sich aber vorbehalten, Sublizenzierungsvereinbarungen im Einzelfall auf ihre Vereinbarkeit mit Kartellrecht zu überprüfen.[138]

488. Insgesamt ist in den Ländern, in denen Fußball-Übertragungsrechte zentral vermarktet werden, somit nur ein sehr schwaches Wettbewerbsniveau für die Rechtfertigung dieser Wettbewerbsbeschränkung als notwendig erachtet worden oder die Zentralvermarktung ist nicht hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Wirkungen kontrolliert, sondern eher aus Gründen der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Fußballvereine toleriert worden.

7.2 Zusammenhang zwischen den nationalen Verpflichtungszusagen

489. Die kartellrechtlichen Verfahren beziehen sich jeweils auf die nationalen Fußball-Wettkämpfe und deren Übertragungsrechte. Die Auswirkungen der nationalen Verfahren können jedoch auch den sportlichen und wirtschaftlichen Wettbewerb auf internationaler Ebene oder auch sich gegenseitig beeinflussen. Das gilt insbesondere für die Vereinbarung spezifischer Verpflichtungszusagen wie Alleinerwerbsverbote und die vergleichbaren Must-offer-Regelungen (Abschnitt 7.2.1). Dies wirft aus Sicht der Monopolkommission Fragen nach einer international einheitlichen Verfahrenspraxis auf (Abschnitt 7.2.2).

7.2.1 Ambivalente Wirkung von Alleinerwerbsverboten (No-single-buyer Rules)

490. In der Praxis werden die wettbewerbsbeschränkenden Effekte einer Zentralvermarktung an Fußball-Übertragungsrechten von den nationalen Wettbewerbsbehörden beurteilt. Die Behörden bewerten die Zentralvermarktung in den meisten Fällen im Wege eines Zusagenverfahrens. Hierbei werden Verpflichtungszusagen vereinbart, welche die mit der Zentralvermarktung einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen ausschließen oder abmildern sollen. Die abgegebenen Verpflichtungszusagen, insbesondere die in der Praxis angewandten Alleinerwerbsverbote, generieren nur in geringem Umfang zusätzliches Wettbewerbspotenzial.

491. Maßgeblich für die Beurteilung von Effizienzgewinnen und der sich daraus ergebenden Entscheidung über Verpflichtungszusagen sind bei Zentralvermarktungsmodellen letztlich die Zuschauerpräferenzen, die hinsichtlich der nationalen Fußballübertragungen von deren Qualität und Preis (bei Pay-Angeboten) abhängen. Berücksichtigt man ausschließlich Preisaspekte, so wäre eine starke „No-single-buyer"-Regelung von Vorteil. Diese würde eine höhere Wettbewerbsintensität auf dem Übertragungsmarkt schaffen und dadurch voraussichtlich zu niedrigeren Preisen führen als die verwendeten schwachen Regelungen.

492. Allerdings steigert auch die sportliche Qualität der nationalen Vereine im internationalen Vergleich den Nutzen der Zuschauer. Ein geringeres Maß an Wettbewerb auf der nationalen Ebene könnte die Einnahmen der Fußballvereine steigern und dadurch ihre relative Verhandlungsposition auf dem internationalen Spielermarkt verbessern. Durch die höhere Kaufkraft der nationalen Vereine auf dem Spielermarkt vermag sich bereits die Qualität des gebotenen Fußballs in der Bundesliga zu erhöhen. Allerdings wird der Zuschauernutzen auf anderen Märkten noch offensichtlicher tangiert, wenn etwa der Erfolg in den internationalen Fußball-Wettbewerben berücksichtigt wird. Anzunehmen ist, dass die Zuschauer die erfolgreiche Teilnahme nationaler Fußballvereine an internationalen Wettbewerben, wie dem

---

[138] BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 155.

UEFA-Cup oder der Champions League, wertschätzen.[139] Eine höhere sportliche Qualität der nationalen Vereine steigert im internationalen Vergleich den Nutzen der Zuschauer. Ein im Vergleich zu anderen Fußball-Ligen geringerer Wettbewerb auf dem Markt für die inländischen Übertragungen kann somit den Nutzen der Zuschauer steigern, indem dadurch ein besseres Ergebnis nationaler Vereine im internationalen Wettbewerb erreicht werden kann (siehe auch Abschnitt 2.2.3).

493. Berücksichtigt man auch diese Effekte, so ist nicht eindeutig, ob ein durch ein Alleinerwerbsverbot bewirktes, höheres Maß an Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt tatsächlich höhere Vorteile für die Zuschauer stiftet und damit zu einer effizienten Situation führt, wie sie nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB anzustreben ist.[140]

7.2.2 Notwendigkeit einer international einheitlichen Verfahrensführung

494. Unabhängig von der Stärke der gegenläufigen Effekte beeinflussen die kartellrechtlichen Entscheidungen und Verpflichtungszusagen die Entscheidung auf dem nationalen Sportrechtemarkt.

495. So könnte für die nationale Kartellbehörde ein Anreiz bestehen ein Alleinerwerbsverbot festzulegen, welches ein schwächeres Maß an Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt erzeugt, als es für die Vermarktung der Inlandsrechte anderer Ligen besteht. Verbunden damit (und ohne explizite Berücksichtigung der Unterschiede aufgrund anderer Gegebenheiten wie der Marktgröße) würden die Einnahmen der nationalen Fußballvereine auf diese Weise geringfügig höher ausfallen als bei den ausländischen Konkurrenten. Die Vereine könnten qualitativ bessere Profifußballer auf dem internationalen Spielermarkt anwerben und wären somit auch im internationalen Wettbewerb qualitativ hochwertig präsentiert. Somit ergäbe sich abhängig von der Situation auf den ausländischen Märkten der größte Nutzen für die inländischen Zuschauer.

496. Vor diesem Hintergrund könnten die Kartellbehörden bei der Beurteilung von nationalen Vermarktungsmodellen ihren Eingriff immer abhängig von den im Ausland aktuell bestehenden oder zu erwartenden Regelungen anpassen. Dies würde, bei sonst gleichbleibenden Bedingungen, einen abwärts gerichteten Wettlauf bzw. die Festlegung unteroptimaler kartellrechtlicher Eingriffe begünstigen („race to the bottom"). In dieser Situation könnte sich kein Land mehr durch einen Verzicht auf ein strenges Wettbewerbsrecht besser stellen. Allerdings sind aufgrund des unteroptimalen Eingriffs der Wettbewerbsbehörden Effizienzverluste wahrscheinlich.

497. In einer Gesamtbetrachtung dürften höhere Wohlfahrtsgewinne zu erreichen sein, wenn alle Kartellbehörden das Kartellrecht auf eine möglichst einheitliche Art und Weise anwenden. In diesem Fall wäre ein gleichmäßigeres Maß an Wettbewerb auf dem Übertragungsmarkt und eine ausgeglichene Teilnahme der nationalen Fußballvereine an internationalen Wettbewerben möglich. Doch ist dieses wohlfahrtssteigernde Ergebnis nicht ohne Weiteres zu erreichen, solange die nationalen Wettbewerbsbehörden in isolierten Verfahren vorgehen, in denen sie die Marktwirkungen einzelner Vermarktungsmodelle getrennt voneinander ermitteln. Dies gilt unbeschadet des Austauschs im Netz der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN).[141]

498. Zu befürworten wäre aus diesem Grunde, dass die Europäische Kommission in Leitlinien zumindest allgemeine Grundsätze für die Definition von behördlichen Auflagen für die Durchführung von Zentralvermarktungen in der EU aufstellt, welche die nationalen Behörden bei ihren Entscheidungen zugrunde legen. Soweit z. B. hinsichtlich der Einkäufe von Spielern oder im Sponsoring nicht nur von EWR-weiten Märkten, sondern eher von einem weltweiten Markt auszugehen ist, bietet sich eine behördliche Koordinierung z. B. auf Ebene des International Competition Network (ICN) an.

---

[139] Vgl. Abschnitt 2.2.3 in diesem Gutachten.

[140] Siehe Tz. 422 f. in diesem Gutachten.

[141] In der Praxis dürfte ein ausreichender Überblick über die internationalen Wettbewerbswirkungen nur schwer herstellbar sein. Theoretisch führen die zur möglichen Steigerung der Gesamtwohlfahrt gegenläufigen Anreize dafür, nur schwache Alleinerwerbsverbote zu etablieren, in ein sogenanntes Gefangenendilemma.

8 Fazit und Handlungsempfehlungen

499. Die Zentralvermarktung von Übertragungsrechten an Spielen des deutschen Profi-Fußballs lässt sich aus wettbewerblicher Perspektive nicht eindeutig beurteilen. Ein wichtiger Grund dafür ist aus Sicht der Monopolkommission, dass die Rechte, die vermarktet werden, gesetzlich nicht eindeutig definiert sind. Dies hat zur Folge, dass sich letztlich auch nicht mit Sicherheit sagen lässt, ob die Wettbewerbsbeschränkungen, die mit Vermarktungsmodellen wie dem der DFL verbunden sind, auf Basis der geltenden Wettbewerbsregeln gerechtfertigt sein können. Die Monopolkommission empfiehlt, die Übertragungsrechte ihrem Inhalt nach gesetzlich zu definieren und bestimmten Rechteinhabern eindeutig zuzuweisen.

500. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Wettbewerbsbehörden die Zentralvermarktung überprüfen. Abweichend von der bisherigen Marktbeurteilung des Bundeskartellamtes ist sie allerdings der Auffassung, dass zwischen den vermarkteten Rechten gestufte Wettbewerbsverhältnisse bestehen. Insbesondere bei Live-Spielen ist fraglich, ob die Zentralvermarktung effizienter ist als eine Einzelvermarktung und dementsprechend wettbewerblich gerechtfertigt werden kann. In Anbetracht der hohen Bedeutung der Zuschauerpräferenzen für die wettbewerbliche Beurteilung hält es die Monopolkommission für erforderlich, dass Zuschauerbefragungen ein höheres Gewicht bei der Beurteilung künftiger Zentralvermarktungsmodelle eingeräumt wird.

501. Das bisherige evolutive Vorgehen des Bundeskartellamtes, das die Zentralvermarktungsmodelle der DFL jeweils einer vorläufigen Beurteilung unterzogen und das Verfahren beendet hat, nachdem die Beteiligten auf die kartellbehördlichen Bedenken hin Verpflichtungszusagen abgegeben hatten, erscheint angesichts der komplexen wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilung dieser Modelle vertretbar. Allerdings sollte die Praxis der Verfahrensführung aufgrund einer lediglich vorläufigen Beurteilung nicht weiter fortgesetzt werden, da sie nur bedingt tauglich erscheint, um wettbewerblichen Fehlentwicklungen auf Dauer wirksam zu begegnen.

502. Die Monopolkommission weist schließlich darauf hin, dass die internationalen Auswirkungen der Zentralvermarktung (z. B. auf Spielermärkte, im Bereich des Sponsoring) eine international abgestimmte Verfahrensführung erfordern dürften. Sie regt daher an, dass die Europäische Kommission Leitlinien zur Festlegung allgemeiner Grundsätze über behördliche Auflagen für die Durchführung von Zentralvermarktungen erlässt, an denen sich die nationalen Behörden orientieren können.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

Kurz gefasst

Die Monopolkommission hat laut § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB die Aufgabe, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages widmet sie der aggregierten Unternehmenskonzentration seit Beginn der Berichterstattung ein Kapitel ihres Hauptgutachtens. Der Begriff aggregierte Unternehmenskonzentration wird in diesem Gutachten zur Beschreibung einer branchenübergreifenden Konzentration wirtschaftlicher Macht verwendet, welche jedoch nicht mit einer marktbeherrschenden Stellung auf wettbewerblich relevanten Märkten einhergehen muss. Die Analyse der aggregierten Unternehmenskonzentration verfolgt das Ziel, die wirtschaftliche Bedeutung der größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland abzubilden.

Zu diesem Zweck ermittelt die Monopolkommission die hundert größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage ihrer inländischen Wertschöpfung als Ordnungskriterium. Gesamtwirtschaftliche Betrachtungen stellen regelmäßig auf das Bruttoinlandsprodukt als wirtschaftspolitisch relevante Größe ab, da dieses als Maß für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft gilt. Wird das Bruttoinlandsprodukt um Gütersteuern und -subventionen sowie den Staatssektor bereinigt, entspricht es der Wertschöpfung aller Unternehmen einer Volkswirtschaft. Die Wertschöpfung eines einzelnen Großunternehmens lässt insofern nicht nur einen direkten Bezug zur wirtschaftspolitisch relevanten gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung zu, sie macht auch die Leistungsfähigkeit von Unternehmen unterschiedlicher Branchen vergleichbar.

Um den Stand und die Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland und damit die Bedeutung von Großunternehmen für die deutsche Wirtschaft zu beurteilen, stellt die Monopolkommission die Summe der inländischen Wertschöpfung der hundert größten Unternehmen der Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland für das aktuelle sowie für die vergangenen Berichtsjahre gegenüber. Der Anteil der „100 Größten" an der Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland ist im Zeitverlauf gesunken. Lag er im Zeitraum von 1978 bis 2014 durchschnittlich bei 17,9 Prozent, fällt er mit 16,1 Prozent geringer aus, wenn ausschließlich die Berichtsjahre 2004 bis 2014 betrachtet werden. Im Berichtsjahr 2014 liegt der Anteil der „100 Größten" an der Wertschöpfung aller Unternehmen bei 15,8 Prozent und sank damit gegenüber dem letzten Berichtsjahr 2012 um 0,1 Prozentpunkte. Demnach hat die branchenübergreifende Unternehmenskonzentration im Berichtszeitraum geringfügig abgenommen.

Neben einem hohen Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung können kapitalbezogene und personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen auf eine Konzentration wirtschaftlicher Macht hindeuten. Die Monopolkommission hat in den vergangenen zehn Jahren einen Rückgang derartiger Verflechtungen zwischen den Großunternehmen in Deutschland festgestellt. Während im Jahr 1996 von den hundert größten Unternehmen in Deutschland 62 mit mindestens einem weiteren Unternehmen aus diesem Kreis über eine Kapitalbeteiligung verbunden waren, ist dies im Berichtsjahr 2014 lediglich bei 38 Unternehmen der Fall. Darüber hinaus sank in diesem Zeitraum auch die Anzahl an Verbindungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien nahezu kontinuierlich. Auch im aktuellen Berichtszeitraum ist ein Rückgang der Verflechtungen zu beobachten. So hat sich die Anzahl der Kapitalbeteiligungsfälle gegenüber dem Berichtsjahr 2012 von 58 auf 47 reduziert und auch die Anzahl der Verbindungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien sank von 154 auf 140 Verbindungen. Die Ergebnisse der Analyse kapitalbezogener und personeller Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen in Deutschland zeigen somit ebenfalls eine moderat rückläufige branchenübergreifende Unternehmenskonzentration im Berichtszeitraum an.

Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

1 Ziel, Gegenstand und Methodik der Untersuchung

503. Mit der Beurteilung der aggregierten Unternehmenskonzentration kommt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag nach, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland alle zwei Jahre zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB).[1] Die Betrachtung von Großunternehmen zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrags verfolgt primär eine wettbewerbspolitische Zielsetzung. So kann sie Konzentrations- und Verflechtungsprozesse in der deutschen Wirtschaft aufzeigen. Die Ergebnisse können zudem als Grundlage für weiterführende Analysen von Wettbewerbsbedingungen auf spezifischen Märkten oder der speziellen Marktposition einzelner Unternehmen dienen. Darüber hinaus hat die Unternehmenskonzentration eine wirtschafts- und gesellschaftspolitische Dimension, da Großunternehmen bedeutende Arbeitgeber und Steuersubjekte sind.

504. Gemäß § 18 Abs. 3 GWB ist zur Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens neben dem Marktanteil unter anderem die Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten und die Verflechtungen mit anderen Unternehmen zu berücksichtigen. Die unternehmensbezogene Betrachtungsweise, die im vorliegenden Berichtsteil eingenommen wird, erlaubt in diesem Sinne eine erste Einschätzung zur Marktstellung von Unternehmen, die durch Marktanteilsanalysen nicht erfasst werden würde.[2] Dennoch ist die wettbewerbspolitische Aussagekraft dieser branchenübergreifenden Analyse begrenzt, da eine Abgrenzung wettbewerblich relevanter Märkte nicht durchgeführt wird und die Größe von Unternehmen somit nicht in Bezug zu diesen gesetzt werden kann. So fällt ein relativ kleines Unternehmen, das auf einem regionalen Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, bei der Betrachtung der größten Unternehmen Deutschlands unter Umständen heraus. Umgekehrt kann ein Unternehmen, das zu den größten Unternehmen in Deutschland zählt, mit einer Vielzahl an ausländischen Wettbewerbern konkurrieren. Die fehlende räumliche Marktabgrenzung schränkt die Aussagekraft der aggregierten Unternehmenskonzentration entsprechend ein. Ähnlich verhält es sich in Bezug auf die sachliche Marktabgrenzung. So wird ein relativ kleines Unternehmen, das sich auf ein bestimmtes Produkt spezialisiert hat, in der vorliegenden Untersuchung möglicherweise nicht erfasst, obwohl es eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, weil die Konsumenten das Produkt nicht substituieren können. Umgekehrt kann ein von der vorliegenden Studie erfasstes, großes Unternehmen ein Sortiment an Produkten anbieten, bei dem aber jedes einzelne Produkt durch die Konsumenten leicht gegen das eines Konkurrenzunternehmens substituiert werden kann. Auf den relevanten Märkten für die einzelnen Produkte hätte dieses Großunternehmen daher keine marktbeherrschende Stellung. In Bezug auf wettbewerbspolitische Fragestellungen können die Ergebnisse der in diesem Kapitel vorgenommenen Untersuchung zur aggregierten Unternehmenskonzentration vor diesem Hintergrund nur der ersten Orientierung dienen.

505. Neben einer ersten wettbewerbspolitischen Einordnung ermöglicht die aggregierte Unternehmenskonzentration eine Erfassung des wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gewichts der größten Unternehmen in Deutschland. So ist bei Großunternehmen von einem vergleichsweise großen Einfluss auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung auszugehen. Dies könnte politische Entscheidungsträger dazu veranlassen Rahmenbedingungen zu schaffen, die Steuerzahlungen oder Arbeitsplätze dieser Unternehmen sichern. Entsprechend hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass beispielsweise Großunternehmen der Automobilbranche, die zu den größten Unternehmen Deutschlands zählen, als bedeutende Steuersubjekte und Arbeitgeber eine erhöhte Aufmerksamkeit der politischen Akteure genießen. Ähnliches gilt für die als systemrelevant angesehenen Banken und Unternehmen der netzgebundenen Industrien, die häufig als entscheidend für die Versorgungssicherheit angesehen werden.

---

[1] Ausgewählte Ergebnistabellen von Kapitel II werden zusätzlich als Online-Anhang zu diesem Gutachten in elektronischer Form auf der Homepage der Monopolkommission veröffentlicht.

[2] Zur Problematik von Marktanteilsanalysen bei Unternehmen mit konglomerater Struktur vgl. Monopolkommission, I. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976, Tz. 4 ff., 207 f. und zur Problematik von Marktanteilsanalysen im Allgemeinen Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung, Mannheim, 2011.

506. In dem vorliegenden Berichtsteil zur Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen bezieht sich die Monopolkommission traditionell auf Unternehmen als wirtschaftliche Einheit.[3] Gegenstand der Untersuchung sind somit Unternehmensgruppen. Da die Untersuchung auf wirtschaftliche Einheiten im Inland abstellt, werden ausschließlich diejenigen Unternehmen einer Unternehmensgruppe berücksichtigt, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. In der Regel werden daher (Teil-)Konzerne betrachtet, deren oberste Gesellschaft (Mutterunternehmen) im Inland gemäß § 290 HGB verpflichtet ist, einen Konzernabschluss aufzustellen. In diesen werden alle Unternehmen einbezogen, die unter der einheitlichen Leitung des inländischen Mutterunternehmens stehen oder bei denen die inländische Muttergesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums bestellen bzw. abberufen oder aufgrund der Satzung bzw. eines Beherrschungsvertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.[4] Zum Konsolidierungskreis der inländischen Muttergesellschaft können allerdings wiederum Unternehmen gehören, die ihren Sitz im Ausland haben. Untersuchungsgegenstand ist jedoch der inländische Konzern, der ausschließlich diejenigen Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland umfasst.

507. Zur Abgrenzung des Kreises der hundert größten inländischen Konzerne verwendet die Monopolkommission die Wertschöpfung als Größenkriterium. Die Wertschöpfung einer wirtschaftlichen Einheit ist als Größenkriterium in Bezug auf die Zielsetzung der Untersuchung von Vorteil. Insbesondere aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Sicht erscheint die inländische Wertschöpfung einer wirtschaftlichen Einheit geeignet, um das Gewicht von Unternehmensgruppen zu beurteilen, da bei ihrer Berechnung die durch das Unternehmen generierten Gehälter seiner Angestellten sowie an den Staat gezahlte Steuern in der Regel zu einem nicht unerheblichen Teil eingehen. Denn die Wertschöpfung eines Unternehmens kann, wie auch die gesamtwirtschaftliche Wertschöpfung, aus zwei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Aus realgüterwirtschaftlicher Sicht als Wert, den ein Unternehmen den Vorprodukten beispielsweise durch Umwandlung hinzufügt. Diese Betrachtungsweise spiegelt sich in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung in der Entstehungsrechnung wieder. Aus nominalgüterwirtschaftlicher Sicht entspricht die Wertschöpfung eines Unternehmens den Einkommen, die es für die am Unternehmen beteiligten Parteien generiert. Dazu zählen neben Gewinnen und Zinsen der Kapitalgeber die Arbeitseinkommen der Arbeitnehmer und die Steuern, die dem Staat zufließen. Diese Betrachtungsweise spiegelt sich in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung in der Verwendungsrechnung wieder.

508. Gegenüber häufig in der Wirtschaftspresse erwähnten Größen, die das Geschäftsvolumen von Unternehmen ausweisen, wie der Umsatz bei Industrie[5] und Handels- und Dienstleistungsunternehmen, die Bilanzsumme bei Kreditinstituten[6] oder die Bruttobeitragseinnahmen bei Versicherungsunternehmen[7], bringt die Wertschöpfung als Größenkriterium Vorteile mit. Sie ermöglicht es nicht nur die Leistung einer einzelnen wirtschaftlichen Einheit direkt mit der Leistung der gesamten Volkswirtschaft in Bezug zu setzen, sondern lässt darüber hinaus den Vergleich der Leistungsfähigkeit von Unternehmen unterschiedlicher Branchen zu. Soll ein Industrieunternehmen mit einem Kreditinstitut verglichen werden, ist der Vorteil der Wertschöpfung als Größenkriterium gegenüber den Geschäftsvolumina (Umsatz bzw. Bilanzsumme) offensichtlich, aber auch bei einem Vergleich eines Industrieunternehmens mit einem Handelsunternehmen ist die Wertschöpfung dem Umsatz als Größenkriterium vorzuziehen, wenn die Unternehmen bezüglich ihres Beitrags zur gesamtwirtschaftlichen Leistung beurteilt werden sollen. Handelsunternehmen beziehen

---

3 Vgl. Monopolkommission, I. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 207.

4 Die Monopolkommission strebt an, auch Gleichordnungskonzerne wie die Debeka-Versicherungsgruppe zu erfassen, die nicht in Form einer übergeordneten Gesellschaft miteinander verbunden sind, bei denen aber von einer einheitlichen Leitung auszugehen ist. Gemeinschaftsunternehmen, die nicht zu 100 Prozent bei den übergeordneten Gesellschaften konsolidiert werden, jedoch die jeweiligen Größenkriterien erfüllen, werden in den Ranglisten gesondert erfasst (wie beispielsweise BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH).

5 Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Industrie“ das Produzierende Gewerbe. Nach der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008) sind diesem die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) zugeordnet.

6 Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

7 Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Versicherungen“ das Versicherungsgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 65, Gruppe K 66.2).

in der Regel Vorleistungen in einem größeren Umfang und sind damit weniger stark vertikal integriert als Industrieunternehmen. Verglichen mit einem Handelsunternehmen wird ein Industrieunternehmen mit Umsatzerlösen in gleicher Höhe daher regelmäßig höhere Einkommen für die an ihm beteiligten Gruppen (Arbeitnehmer, Kapitalgeber, Staat) generieren und somit aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Sicht ein größeres Gewicht einnehmen.

509. Die inländische Wertschöpfung einer Unternehmensgruppe ist nicht Gegenstand der Berichtspflicht. Aus diesem Grund erfolgt die Abgrenzung des Kreises der hundert größten inländischen Konzerne in mehreren Schritten. Für das Berichtsjahr 2014 wurden zunächst auf Grundlage des Berichtsjahres 2012 anhand von Abfragen der Datenbank „ORBIS Europe All Companies" des Anbieters Bureau van Dijk und Presseverlautbarungen die potenziell zum Kreis gehörenden Unternehmen bestimmt. Im Anschluss wurden die Geschäftsberichte sowie die beim elektronischen Bundesanzeiger eingereichten und im elektronischen Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüsse dieser Unternehmen ausgewertet.

510. Als arbeitserschwerend erweisen sich bei diesem Schritt die relativ großzügig gehaltenen Veröffentlichungsfristen für publizitätspflichtige Unternehmen (gemäß § 325 Abs. 1 HGB). Während börsennotierte Unternehmen ihre Jahresabschlussunterlagen bereits nach Ablauf von vier Monaten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einreichen müssen, liegt diese Frist ansonsten bei 12 Monaten. Da für das Berichtsjahr 2014 alle Jahresabschlüsse einzubeziehen sind, welche den 30. Juni 2014 einschließen, müssen einige Unternehmen, die in die Untersuchung einbezogen werden, erst kurz vor Erscheinen der vorliegenden Untersuchung ihren Jahresabschluss publizieren. So veröffentlicht beispielsweise ein Unternehmen, dessen Geschäftsjahr vom 1. Juni 2014 bis zum 31. Mai 2015 läuft, fristgerecht, wenn es dies im Mai 2016 kurz vor Erscheinen des vorliegenden Gutachtens tut.

511. Auch bei Vorliegen des Konzernabschlusses kann die Wertschöpfung des inländischen Konzerns regelmäßig nicht auf dessen Grundlage erhoben werden. Dies kann unterschiedliche Ursachen haben. In einigen Fällen führt die rechtliche Ausgestaltung der Konzernstruktur dazu, dass das von der Monopolkommission als wirtschaftliche Einheit betrachtete Unternehmen nicht verpflichtet ist, einen Konzernabschluss aufzustellen. Häufige Ursache für das Fehlen eines inländischen Konzernabschlusses ist außerdem die Befreiung von der Pflicht zur Aufstellung eines Teilkonzernabschlusses für inländische Tochtergesellschaften, wenn die ausländische Konzernobergesellschaft einen Konzernabschluss aufstellt, der bestimmte Kriterien erfüllt (§§ 291 f. HGB). Liegt ein (Teil-)Konzernabschluss eines inländischen Mutterunternehmens vor, kann die inländische Wertschöpfung unter Umständen nicht erhoben werden, wenn es sich um eine Personenhandelsgesellschaft mit vollhaftendem Gesellschafter oder Einzelkaufmann handelt, da hier die Gewinn- und Verlustrechnung nicht offengelegt werden muss (§ 9 Abs. 2 PublG), wenn in der Anlage zur Bilanz bestimmte Erfolgspositionen, wie die Umsatzerlöse, der Personalaufwand oder die Beschäftigtenzahl genannt werden (§ 5 Abs. 5 Satz 3 PublG). Da Konzernobergesellschaften sowohl auf nationaler Ebene (§ 290 HGB) wie auch auf internationaler Ebene (IFRS 10)[8] verpflichtet sind, ihre Tochterunternehmen unabhängig von geografischen Gesichtspunkten in ihren Konzernabschluss einzubeziehen, ist es außerdem regelmäßig nicht möglich, die inländische Wertschöpfung aus dem Konzernabschluss eines inländischen Mutterunternehmens zu erheben, falls diese Tochtergesellschaften mit Sitz im Ausland konsolidiert.

512. In Fällen, in denen die inländische Wertschöpfung einer wirtschaftlicher Einheiten nicht auf Grundlage eines Konzernabschlusses erhoben werden kann, führt die Monopolkommission Befragungen durch, um die erforderlichen Angaben zu erhalten. Für die Erhebung der nach Wertschöpfung „100 Größten" im XXI. Hauptgutachten wurden insgesamt 165 Unternehmen befragt. 102 (62 Prozent) dieser Unternehmen stellten der Monopolkommission die zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung notwendigen Zahlen vollständig zur Verfügung, 38 (23 Prozent) gaben in Form der Beantwortung eines verkürzten Fragebogens Auskunft über wesentliche Inlandskennzahlen.

513. Konnten Unternehmensgruppen der Monopolkommission die erforderlichen Daten nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen, wurde die inländische Wertschöpfung dieser Unternehmensgruppen in Abhängigkeit ihrer Struktur und des verfügbaren Datenmaterials geschätzt. Zu diesem Zweck hat die Monopolkommission Schätzverfahren entwi-

---

[8] Die International Financial Reporting Standards werden (IFRS) vom International Accounting Standards Board herausgegeben und im Anschluss an ein Bestätigungsverfahren in der EU verpflichtend. Mit der Verordnung (EU) Nr. 1254/2012 der Kommission vom 11. Dezember 2012 wurde IFRS 10, der Regelungen zur Aufstellung von Konzernabschlüssen enthält, verpflichtend.

ckelt, auf die im Anhang zu diesem Gutachten detailliert eingegangen wird. Beruht die Wertschöpfung des inländischen Konzerns zu einem weit überwiegenden Teil auf der Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft im Inland, wird die inländische Wertschöpfung anhand der Daten des Einzelabschlusses dieser Gesellschaft ermittelt. Ähnlich ermittelt die Monopolkommission in einzelnen Fällen die inländische Wertschöpfung, indem sie die Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften addiert. Diese Methode bietet sich an, wenn die inländische Wertschöpfung auf wenige große Unternehmen im Inland zurückzuführen ist. Da der Konzernabschluss von Konzernobergesellschaften mit Sitz im Inland häufig auch Konzerngesellschaften im Ausland einbezieht, kann in vielen Fällen die weltweite Wertschöpfung anhand der Konzernabschlussdaten ermittelt werden, die Berechnung der ausschließlich durch inländische Gesellschaften generierten Wertschöpfung ist dagegen nicht möglich. In diesen Fällen schließt die Monopolkommission auf Grundlage von bis zu drei Referenzgrößen von der weltweiten Wertschöpfung auf die inländische Wertschöpfung der jeweiligen Unternehmensgruppe.

514. Im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels sind die Unternehmensgruppen aufgrund ihrer rechtlichen Ausgestaltung regelmäßig nicht verpflichtet einen die gesamte Gruppe umfassenden Konzernabschluss aufzustellen. Vielmehr sind hier oftmals eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Einzelhändler oder Genossenschaften aus wettbewerbsökonomischer Sicht einer Unternehmensgruppe zuzuordnen, die jedoch nicht zur Veröffentlichung eines gemeinsamen Abschlusses verpflichtet ist, der diese einbezieht. Aus diesem Grund ermittelt die Monopolkommission die inländische Wertschöpfung der Unternehmensgruppen des Lebensmitteleinzelhandels mit Hilfe eines im Anhang näher erläuterten Schätzverfahrens. Für die Schätzung der inländischen Wertschöpfung und die Ermittlung weiterer Unternehmenskennzahlen wurden im Lebensmitteleinzelhandel zusätzlich zu den bereits beschriebenen Quellen die Publikation „Top-Firmen 2016 – Der Lebensmittelhandel in Deutschland – Food/Nonfood“ des Anbieters TradeDimensions sowie vereinzelt Presseverlautbarungen verwendet.

515. Eine Ausnahme bei der Erfassung der Unternehmensgruppen des Lebensmitteleinzelhandels stellte in den vergangenen Berichtsjahren diejenige der Edeka-Gruppe dar. Aufgrund ihrer genossenschaftlichen Ausgestaltung hatte die Monopolkommission die einzelnen Regionalgenossenschaften der Edeka-Gruppe (Edeka Chiemgau eG, Edeka Duisburg eG, Edeka Essen eG, Edeka Hessenring eG, Edeka Minden eG, Edeka Nord eG, Edeka Nordbayern-Sachsen-Thüringen eG, Edeka Südbayern eG, Edeka Südwest eG) traditionell gesondert erfasst. Da die Monopolkommission die Edeka-Gruppe jedoch als wettbewerbliche Einheit betrachtet,[9] erhebt sie diese im Berichtsjahr 2014 erstmalig zusammengefasst als Edeka-Gruppe.

516. Das Kapitel zur aggregierten Unternehmenskonzentration gliedert sich wie folgt: In Abschnitt 2 erfolgt die Abgrenzung des Kreises der hundert größten Unternehmen Deutschlands anhand der inländischen Wertschöpfung und die Beschreibung dieser Unternehmen mithilfe der Merkmale Geschäftsvolumen, Beschäftigte, Sachanlagevermögen und Cashflow. Anschließend wird der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung im Zeitverlauf dargestellt, um die gesamtwirtschaftliche Konzentrationsentwicklung in Deutschland abzubilden. Ergänzend folgt eine branchenspezifische Betrachtung von Großunternehmen anhand der entsprechenden Geschäftsvolumina. In Abschnitt 3 untersucht die Monopolkommission die Verflechtungen der „100 Größten“, indem sie zunächst die jeweiligen Anteilseigner ermittelt und Beteiligungen ausweist, bevor sie personelle Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ darstellt. Das Kapitel schließt mit einer Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen auf Grundlage von Daten der Wettbewerbsbehörde.

2 Die 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland

2.1 Berichtsjahr 2014 und Veränderungen gegenüber dem Berichtsjahr 2012

517. Im vorliegenden Abschnitt werden die hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Berichtsjahr 2014 in Tabelle II.1 geordnet nach der Höhe ihrer Wertschöpfung im Inland ausgewiesen, soweit verfügbar, anhand der Merkmale Wirtschaftszweig, Wertschöpfung, Geschäftsvolumen, Beschäftigte, Sachanlagen und Cashflow

---

[9] Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1028.

beschrieben und den Werten aus dem Jahr 2012 gegenübergestellt. Als Geschäftsvolumina werden bei Industrie- , Han-dels- und Dienstleistungsunternehmen die Umsatzerlöse, bei Kreditinstituten die Bilanzsumme und bei Versiche-rungs-unternehmen die Bruttobeitragseinnahmen ausgewiesen. Alle Merkmale beziehen sich auf Konzernbereiche im Inland. Da sich bei der Ermittlung des inländischen Cashflows ähnliche Erhebungsprobleme ergeben wie bei Ermittlung der inländischen Wertschöpfung, wird dieser bei fehlenden Daten zur genauen Ermittlung mithilfe des für die Schätzung der inländischen Wertschöpfung verwendeten Verfahrens geschätzt.

Tabelle II.1: Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2012 und 2014

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3]	Geschäftsvolumen[4]	Beschäftigte	Sachanlagen[5]	Cashflow
				in Mio. EUR			in Mio. EUR	
1	2014	Volkswagen AG	29	29.595	139.525	271.043	72.378	22.320
1	2012			25.692	129.701	249.470	69.333	31.651
2	2014	Daimler AG	29	19.481	85.637	168.909	22.445	12.526
2	2012			16.100	72.566	166.363	20.442	8.194
3	2014	Bayerische Motoren	29, 30	14.631	68.181	83.128	17.610	5.613
5	2012	Werke AG		11.335	59.790	76.429	14.074	4.001
4	2014	Siemens AG[b]	26, 27,	13.648*	32.118	115.000	6.515	3.449*
3	2012		28, 30	14.132*	34.046	119.000	6.478	4.376*
5	2014	Deutsche Telekom AG	61	13.071	25.742	114.749	34.830	10.097
6	2012			11.300	27.544	118.840	36.216	8.066
6	2014	Deutsche Bahn AG	49, 52	11.669	23.464	187.882	36.429	4.225
4	2012			11.742	23.354	186.222	35.088	4.238
7	2014	Robert Bosch GmbH	26, 27,	9.173	32.296	105.429	7.120	5.292
8	2012		28, 29	7.832	30.702	111.909	6.901	3.871
8	2014	Deutsche Post AG	52, 53	7.309*	17.367	170.596	19.529[w]	1.993*
9	2012			7.085*	16.825	167.082	18.814[w]	387*
9	2014	BASF SE	06, 20,	6.492	32.241	53.277	11.022	6.366*
7	2012		21, 22	9.072	32.718	52.844	9.109	5.179*
10	2014	Deutsche Bank AG	64	6.463	983.981	45.392	13.041	
13	2012			5.558	1.038.842	46.308	13.218	
11	2014	RWE AG	35, 36,	6.186	49.083	36.411	23.669	6.581
11	2012		38	6.364	43.952	40.272	26.461	7.489
12	2014	Bayer AG	20, 21	5.634	21.373	35.791	12.403	7.358
15	2012			4.304	19.983	34.600	12.945	4.015
13	2014	Deutsche Lufthansa AG	33, 51,	5.160	22.009	60.274	9.306	3.387
10	2012		56	6.524	22.153	67.620	9.910	2.486
14	2014	SAP SE[6]	62	5.045	10.197	17.673	2.122	3.254
14	2012			4.684	8.892	16.671	2.096	2.547

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3] in Mio. EUR	Geschäftsvolumen[4] in Mio. EUR	Beschäftigte	Sachanlagen[5] in Mio. EUR	Cashflow in Mio. EUR
15	2014	Fresenius SE & Co. KGaA	20, 21, 26, 32, 46	4.740	8.594	79.328	7.760	644
26	2012			3.135	6.078	51.791	4.332	723
16	2014	Airbus-Gruppe Deutschland[7]	25, 30	4.691*	14.553	48.374	29.079	1.908*
19	2012			4.095*	13.412	48.210	28.618	1.131*
17	2014	REWE-Gruppe	46, 47, 79	4.462*	37.204	153.782		
16	2012			4.265*	35.690	148.634		
18	2014	Continental AG	22, 29	4.461	12.045	52.411	2.343	1.836
18	2012			4.189	11.981	48.495	2.575	1.126
19	2014	Schwarz-Gruppe[e]	47	4.383*	30.964*	71.500*		
33	2012			2.501*	28.550*	66.000*		
20	2014	Sanofi-Gruppe Deutschland[E]	21	4.378	6.081	7.562	766	2.999
23	2012			3.443	5.357	7.366	736	203
21	2014	Metro AG[b]	46, 47	4.242	25.478	87.255	6.114	1.289
17	2012			4.264	25.630	89.920	6.320	1.817
22	2014	E.ON SE[8]	20, 35, 36	4.052	98.457	22.290	22.879	-171
12	2012			5.949*	102.032	31.548	23.686	5.713*
23	2014	Commerzbank AG	64	3.939	512.801	39.779		
21	2012			3.925	583.023	42.857	3.824	
24	2014	ZF Friedrichshafen AG	28, 29	3.798	10.999	41.188	2.872	1.984
25	2012			3.226	9.593	39.882	2.587	1.377
25	2014	Edeka-Gruppe[9]	46, 47	3.768*	46.542*	336.100		
-	2012							
26	2014	ThyssenKrupp AG[b]	24, 28, 29, 30	3.570	19.091	59.783	6.123	583*
22	2012			3.836	22.511	64.380	5.445	1.003*
27	2014	Allianz SE	65	3.382	28.157	40.692	282.203	
35	2012			2.178	27.251	40.882	242.452	
28	2014	Aldi-Gruppe	47	2.991*	24.849*	64.700*		
31	2012			2.690*	23.184*	61.600*		
29	2014	Bertelsmann SE & Co. KGaA	18, 58, 59	2.979*	6.931	40.846	1.137	826*
28	2012			2.826	6.870	38.434	1.047	682*
30	2014	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	25, 28, 29	2.937	7.947	30.525	1.114	627*
30	2012			2.744	7.442	29.778	1.207	563*
31	2014	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	65	2.797	35.280	21.899	196.076	
20	2012			3.937	38.430	23.700	188.052	

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3]	Geschäftsvolumen[4]	Beschäftigte	Sachanlagen[5]	Cashflow
				in Mio. EUR			in Mio. EUR	
32	2014	Evonik Industries AG	20, 35	2.640	7.720	21.439	4.319	1.249
24	2012			3.236	8.382	21.969	4.368	1.584
33	2014	General Motors-Gruppe	29	2.414	13.487	19.521	1.182	1.214
-	2012	Deutschland[E]						
34	2014	Rhön-Klinikum AG	86	2.297	1.511	15.602	827	1.311
38	2012			1.893	2.865	43.059	2.351	230
35	2014	KfW Bankengruppe	64	2.231	489.072	5.518	1.070	
29	2012			2.769	511.622	5.190	1.005	
36	2014	IBM-Gruppe Deutschland	26, 62,	2.142	4.905	14.105	807	398
36	2012		63	2.137	5.020	15.821	1.003	535
37	2014	Asklepios Kliniken GmbH	86	2.137	3.020	34.255	1.747	273
37	2012			1.979	2.980	34.037	1.673	242
38	2014	C. H. Boehringer Sohn	21	2.091*	7.902	13.367	1.449	643*
40	2012	AG & Co. KG		1.796*	8.004	13.104	1.436	682*
39	2014	DZ Bank AG	64	1.855	362.243	26.294	3.263	
43	2012			1.661	379.901	25.086	2.588	
40	2014	UniCredit-Gruppe	64	1.740	197.323	16.296	3.382	
39	2012	Deutschland		1.884	215.284	17.391	3.472	
41	2014	Rethmann SE & Co. KG[10]	21, 38,	1.660*	7.746	36.961	2.164	538*
44	2012		52	1.624*	7.106	35.503	2.210	510*
42	2014	Vattenfall-Gruppe	05, 35,	1.592	14.654	17.476	14.114	2.446
27	2012	Deutschland	36	2.863	13.297	19.054	14.791	2.817
43	2014	Otto Group[e]	47	1.538*	7.741	26.531	1.376	364
49	2012			1.430*	6.753	25.337	857	260
44	2014	STRABAG-Gruppe	41, 42	1.537*	6.080	27.551	2.551[w]	282*
51	2012	Deutschland		1.304*	5.687	26.732	2.756[w]	223*
45	2014	HGV Hamburger Gesellschaft	36, 49,	1.523	4.185	19.120	9.921	625
48	2012	für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	52, 68	1.441	3.347	17.850	8.791	496
46	2014	Adolf Würth GmbH & Co. KG	25, 46	1.488	4.590	20.226	1.277	439
60	2012			1.225	4.447	19.605	1.099	308
47	2014	Wacker Chemie AG	20, 26	1.477	4.007	12.366	1.937	1.436
58	2012			1.232	3.973	12.635	2.524	505

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3] in Mio. EUR	Geschäftsvolumen[4] in Mio. EUR	Beschäftigte	Sachanlagen[5] in Mio. EUR	Cashflow in Mio. EUR
48	2014	Energie	35, 38	1.461	19.509	17.008	13.986	2.452
32	2012	Baden-Württemberg AG		2.651	17.068	18.380	14.204	1.345
49	2014	Salzgitter AG	24, 25,	1.429	8.398	19.821	2.377	643
53	2012		28, 46	1.282	9.278	19.376	2.426	547
50	2014	Sana Kliniken AG	86	1.418	2.156	20.848	1.072	133
65	2012			1.182	1.790	19.190	1.083	115
51	2014	E. Merck KG	20, 21,	1.414	4.189	11.191	1.482	1.272
55	2012		32	1.264	3.822	10.788	1.341	488
52	2014	Ford-Gruppe Deutschland[E]	29	1.411	17.466	24.469	1.926	-573
-	2012							
53	2014	Roche-Gruppe Deutschland[E]	20, 21,	1.405	4.195	11.970	2.069	674
52	2012		32, 46	1.303	3.900	9.123	1.747	610
54	2014	Henkel AG & Co. KGaA	20, 21,	1.342	4.083	8.180	1.366	1.222
50	2012		22	1.309	3.827	8.007	1.062	1.011
55	2014	Landesbank	64	1.334	234.009	9.905	1.109	
46	2012	Baden-Württemberg		1.477	321.106	10.035	1.092	
56	2014	Fraport AG Frankfurt Airport	52	1.328	2.072	18.667	5.978	442
59	2012	Services Worldwide		1.230	1.987	18.628	5.924	453
57	2014	Deutsche Börse AG	62, 63,	1.297	1.462	1.920	1.335	512*
64	2012		66, 82	1.187	1.374	1.634	1.240	445*
58	2014	Liebherr-International-	27, 28,	1.277*	4.593	17.362		428*
57	2012	Gruppe Deutschland	30	1.256*	4.575	15.514		449*
59	2014	BSH Hausgeräte GmbH[11]	27, 46	1.247	6.380	15.987	667	703
63	2012			1.189	4.968	14.642	561	516
60	2014	K+S AG	08, 20,	1.225	2.277	9.986	1.435	500
45	2012		38	1.497	2.682	10.024	1.134	672
61	2014	Procter & Gamble-Gruppe	20, 22,	1.180	1.828	11.990	1.241	-329
61	2012	Deutschland[S,a]	27, 46	1.216	1.409	12.767	667	744
62	2014	Bayerische Landesbank	64	1.146	232.224	5.919	470	
84	2012			927	278.625	5.717	520	
63	2014	maxingvest AG	10, 12,	1.138*	3.877	14.441	6.676[w]	520*
73	2012		20, 46	1.044*	3.937	14.213	6.404[w]	375*
64	2014	Carl Zeiss AG[b]	26, 32	1.137*	2.762	10.773	1.221	324*
70	2012			1.059*	2.611	10.389	1.207	301*

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3]	Geschäftsvolumen[4]	Beschäftigte	Sachanlagen[5]	Cashflow
				in Mio. EUR			in Mio. EUR	
65 71	2014 2012	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft[a]	69	1.106 1.057	1.545 1.501	9.500 9.342	63 80	94 95
66 -	2014 2012	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	23, 24, 25, 46	1.091	4.546	16.432	1.816	
67 54	2014 2012	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland[S,c]	26, 62, 77, 95	1.076 1.265	6.484 6.780	10.218 11.319	211 168	163 105
68 86	2014 2012	KPMG AG Wirtschaftsprüfungs-gesellschaft[12]	69	1.041 920	1.335 1.208	9.297 7.935	45 27	21 23
69 56	2014 2012	Debeka-Gruppe	65	1.038 1.262	9.830 9.331	16.881 16.713	86.796 77.501	
70 88	2014 2012	DEKRA SE	70, 71	1.022* 893*	1.566 1.391	19.353 16.403	862[w] 708[w]	186* 28*
71 81	2014 2012	AVECO Holding AG	81	1.001 969	1.727 1.624	45.299 46.877	141 152	38 53
72 87	2014 2012	Linde AG	20, 71	1.000 904	2.987 2.697	8.090 7.596	1.241 1.245	1.426 790
73 77	2014 2012	ABB-Gruppe Deutschland	26, 27, 43	977 988	2.973 2.901	10.898 10.977	330 332	204 304
74 99	2014 2012	Hella KGaA Hueck & Co.[g]	25, 27, 29	956 766	2.718 2.849	9.584 10.685	728 807	373* 289*
75 89	2014 2012	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	65	942* 879*	9.335 9.187	11.142 11.191	115.545[w] 101.741[w]	
76 79	2014 2012	LANXESS AG	20	917 983	4.127 4.361	7.582 8.072	1.029 1.046	360 548
77 -	2014 2012	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH[b]	47	909	5.454	27.238	586	168
78 78	2014 2012	Freudenberg & Co. KG	13, 20, 22, 29	908 984	2.326 2.374	9.647 10.935	787 896	279 235
79 94	2014 2012	Signal-Iduna Gruppe	65	906 832	5.500 5.306	11.244 11.628	45.131 42.003	
80 85	2014 2012	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	52	901 926	1.106 1.101	5.879 6.100	742 746	839 163
81 83	2014 2012	Stadtwerke Köln GmbH	35, 36, 38, 49	898 934	4.556 4.809	11.834 11.455	2.762 2.812	407 427

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3]	Geschäftsvolumen[4]	Beschäftigte	Sachanlagen[5]	Cashflow
				in Mio. EUR			in Mio. EUR	
82	2014	ProSiebenSat.1 Media AG	60	889[*]	2.477	3.188	1.521[w]	417[*]
-	2012							
83	2014	Total-Gruppe Deutschland	19, 46	884[*]	12.714	3.572	916	1.060[*]
42	2012			1.748[*]	14.650	3.685	923	1.189[*]
84	2014	Dr. August Oetker KG	10, 11, 46, 50	879[*]	8.594	14.811	4.069[w]	
95	2012			807[*]	8.647	13.724	3.699[w]	
85	2014	Ernst & Young-Gruppe Deutschland[a,13]	69	878	1.373	8.043	32	73
-	2012							
86	2014	B. Braun Melsungen AG	21, 32	874	2.745	13.616	1.588	378[*]
96	2012			797	2.470	12.052	1.275	282[*]
87	2014	EWE AG	35	869	7.361	7.704	5.838	880[*]
74	2012			1.005	7.715	8.451	5.942	758[*]
88	2014	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland[d]	47	866[*]	3.233	14.050	3.287[w]	589[*]
90	2012			855[*]	2.930	13.141	2.377[w]	464[*]
89	2014	Voith GmbH[b,14]	28	862[*]	1.078	14.434	1.903[w]	116[*]
76	2012			997[*]	1.203	17.316	2.022[w]	124[*]
90	2014	HUK-COBURG	65	862	6.321	10.029	27.663	
-	2012							
91	2014	Stadtwerke München GmbH	35, 36, 49	855	6.095	8.660	5.603	651
75	2012			1.001	4.498	7.737	4.129	266
92	2014	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	64	851	158.806	5.787	621	
-	2012							
93	2014	Bilfinger SE	41, 42, 43, 68	844	2.751	24.408	891	-180
69	2012			1.084	3.070	24.085	1.422	87
94	2014	Miele & Cie. KG	27, 46	843	2.416	10.412	456	
97	2012			794	2.139	10.333	369	
95	2014	Axel Springer SE[15]	18, 58	840	1.918	8.715	1.093	343
82	2012			950	2.313	8.144	1.666	405
96	2014	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland[16]	28, 45, 46	822[*]	2.520	8.265	10.234[w]	318[*]
-	2012							
97	2014	Rheinmetall AG	25, 26, 28, 30	814[*]	2.330	9.827	1.215	267[*]
80	2012			978[*]	2.464	11.947	1.207	347[*]
98	2014	Nestlé-Gruppe Deutschland	10, 46	801[*]	3.863	7.158	39.700[w]	580[*]
72	2012			1.049[*]	3.706	13.268	33.641[w]	491[*]

Rang	Jahr	Unternehmen[1]	Wirtschaftszweig[2]	Wertschöpfung[3]	Geschäftsvolumen[4]	Beschäftigte	Sachanlagen[5]	Cashflow
				in Mio. EUR			in Mio. EUR	
99 -	2014 2012	Krones AG	28	788	2.567	9.344	537	213
100 -	2014 2012	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland	52	782	3.219	13.689	301	
- 34	2014 2012	Vodafone-Gruppe Deutschland[S,f]	61	-989 2.300	11.372 10.189	15.072 11.854	19.731 7.552	1.926 2.429
- 41	2014 2012	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	06, 19, 35, 61	677 1.773	9.294 10.297	3.783 4.200	680 657	12* 1.991*
- 62	2014 2012	HSH Nordbank AG	64	163 1.201	112.995 132.821	2.897 3.411	117 161	
- 66	2014 2012	BP-Gruppe Deutschland	06, 19, 35, 46, 49	-296 1.155	39.951 46.402	5.496 4.870	1.349 1.422	 857*
- 67	2014 2012	AXA-Gruppe Deutschland	65	585 1.140	10.162 10.202	9.752 10.759	83.986 73.504	
- 68	2014 2012	Shell-Gruppe Deutschland[S]	06, 19, 35, 46	-257 1.124	29.886 38.075	4.091 4.171	1.678 1.422	335 329
- 92	2014 2012	Landesbank Berlin AG[17]	64	656 838	57.421 118.298	3.551 5.802	125 1.194	
- 93	2014 2012	Novartis-Gruppe Deutschland	21, 46	706 832	3.539 3.853	9.069 8.740	1.173 2.103	417 480
- 98	2014 2012	Philips-Gruppe Deutschland	26, 27	226 783	2.774 3.270	6.002 6.163	391 328	19 256
- 100	2014 2012	GEA Group AG	28	594 764	1.681 1.896	5.817 7.645	801 1.057	213 432

1 Es werden die Daten des den 30. Juni 2014 einschließenden Geschäftsjahres für die Erhebungen zugrunde gelegt. Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, wird der Bilanzstichtag durch einen entsprechenden Verweis angezeigt:

a) 30.06.2014 b) 30.09.2014 c) 31.10.2014 d) 30.11.2014
e) 28.02.2015 f) 31.03.2015 g) 31.05.2015

Mit [S] gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und [E] steht für den Einzelabschluss

2 Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige auf der Gliederungsebene der 88 Abteilungen angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben

[3] Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten inländischen Konzerngesellschaften. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. Die für die entsprechenden Fälle herangezogenen Schätzmethoden werden detailliert in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt

[4] Bei Kreditinstituten wird die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen werden die Beitragseinnahmen und bei Nicht-finanzinstituten die Umsatzerlöse angegeben. Ist eine Angabe mit einem * versehen, so handelt es sich um einen Schätzwert. Die Größe umfasst die konsolidierten Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen

[5] Einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände. Bei Versicherungsunternehmen werden anstelle der Sachanlagen Kapitalanlagen ausgewiesen. Mit w gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Weltabschluss

[6] 2012: SAP AG

[7] 2012: EADS-Gruppe Deutschland

[8] Das Inland ist keine Berichtseinheit des E.ON-Konzerns

[9] Die Monopolkommission weist im Berichtsjahr 2014 die Wertschöpfung sowie die Begleitmerkmale der Edeka Zentrale AG & Co. KG und der neun Regionalgenossenschaften erstmalig zusammengefasst unter der Edeka-Gruppe aus. Die Wertschöpfung der Edeka Zentrale AG & Co. KG beträgt im Berichtsjahr 2014 EUR 1.723 Mio., diejenige der Edeka Minden eG EUR 1.723 Mio.

[10] 2012: Rethmann AG & Co. KG

[11] 2012: BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH

[12] 2012: KPMG-Gruppe Deutschland

[13] 2012: Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

[14] Im Berichtsjahr 2012 wurde für die Voith GmbH fälschlicherweise die Rechtsform AG ausgewiesen

[15] 2012: Axel Springer AG

[16] 2012: Tognum AG

[17] 2012: Landesbank Berlin Holding AG

Quelle: Eigene Erhebungen

518. Der Kreis der hundert größten Unternehmen in Deutschland hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2012 verändert. Eine Veränderung des Kreises der „100 Größten“ wird durch eine Veränderung hinsichtlich des Ordnungskriteriums „inländische Wertschöpfung“ bei den betroffenen Unternehmensgruppen hervorgerufen. Eine Veränderung der inländischen Wertschöpfung kann auf externen oder internen Wachstums- bzw. Schrumpfungsprozessen bei den betroffenen Unternehmensgruppen beruhen. Während externe Wachstums- bzw. Schrumpfungsprozesse auf eine Veränderung des Konsolidierungskreises durch Kauf bzw. Verkauf von Konzerngesellschaften zurückzuführen sind, können interne Wachstums- bzw. Schrumpfungsprozesse auf Produktivitätsveränderungen im Zuge einer veränderten Produktstrategie oder einer Verlagerung von Produktionsprozessen in ausländische Konzerngesellschaften oder zu unverbundenen Lieferanten beruhen.

519. Da die Monopolkommission die Erfassung der Edeka-Gruppe zum Berichtsjahr 2014 umgestellt hat, wurde ein zusätzliches Unternehmen im Kreis der „100 Größten“ aufgenommen, das im Berichtsjahr 2014 bei unveränderter Erfassung der Edeka-Gruppe nicht zu den hundert größten Unternehmen gezählt hätte. Erstmalig werden im vorliegenden Gutachten die traditionell gesondert erfassten Regionalgenossenschaften und die Edeka ZENTRALE AG & Co. KG unter der Edeka-Gruppe (Rang 2014: 25) zusammengefasst. Wie im Berichtsjahr 2012 hätte im Berichtsjahr 2014 neben der Edeka ZENTRALE AG & Co. KG (Wertschöpfung 2014: EUR 1723 Mio.) auch die Edeka Minden eG (Wertschöpfung 2014: EUR 816 Mio.) dem Kreis der „100 Größten“ angehört. Aufgrund der gemeinsamen Erfassung im vorliegenden Gutachten ergibt sich im Vergleich zum Berichtsjahr 2012 somit ein zusätzlicher Platz im Kreis der „100 Größten“.

520. Im Berichtsjahr 2014 zählen 11 Unternehmensgruppen, die im Berichtsjahr 2012 nicht unter den hundert größten Unternehmen in Deutschland waren, zu diesem Kreis (Rang 2014 in Klammern). Es handelt sich um die General Motors-Gruppe Deutschland (33), die Ford-Gruppe Deutschland (52), die Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (66), die dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH (77), die ProSiebenSat.1 Media AG (82), die Ernst & Young-Gruppe Deutschland (85), HUK-COBURG (90), die Norddeutsche Landesbank Girozentrale (92), die Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (96), die Krones AG (99) und die Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (100).

521. Die General Motors-Gruppe, die in Deutschland mit der Marke Opel vertreten ist, hat seit dem Berichtsjahr 2012 umfassende Umstrukturierungsmaßnahmen durchgeführt, die mit einem erheblichen Anstieg der Wertschöpfung einhergingen. Da die Wertschöpfung der General-Motors Gruppe auf dem Einzelabschluss der Adam Opel AG beruht, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Veränderung der Wertschöpfung zumindest teilweise erhebungstechnisch bedingt ist. Eine positive Entwicklung der inländischen Wertschöpfung ist jedoch auch bei anderen Automobilherstellern in Deutschland zu beobachten. So folgen der Volkswagen AG als größtem deutschen Unternehmen im Berichtsjahr 2014 mit der Daimler AG und der Bayerische Motoren Werke AG zwei weitere Automobilhersteller. Sie profitierten eigenen Angaben zufolge von einer positive Umsatzentwicklung, die auch bei der Ford-Gruppe Deutschland mit einer Steigerung der inländischen Wertschöpfung einherging. Sie zählt, wie die General-Motors-Gruppe, nach ihrem Ausscheiden im Berichtsjahr 2012 wieder zu den hundert größten Unternehmen Deutschlands.[10]

522. Ebenfalls neu im Kreis der „100 Größten“ ist die dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH, die eigenen Angaben zufolge im Berichtsjahr 2014 insgesamt 200 neue Filialen eröffnet hat. Mit der steigende Umsatzentwicklung und dem Anstieg der Beschäftigtenzahl ging auch eine Wertschöpfungssteigerung einher, die die Präsenz im Kreis der „100 Größten“ im Berichtjahr 2014 zur Folge hatte. Ähnlich verhält es sich bei der Ernst & Young-Gruppe, die ihren Umsatz in Deutschland gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 18,6 Prozent und ihren Personalstand um 11,6 Prozent erhöhte, sowie bei HUK-COBURG, wo der Anstieg der Beitragseinnahmen ebenfalls mit einer Erhöhung der Beschäftigtenzahl einherging. Im Gegensatz dazu ging bei der Saint-Gobain-Gruppe Deutschland, die ebenfalls neu in den Kreis der hundert größten Unternehmen eingetreten ist, der Anstieg der inländischen Wertschöpfung mit einem gesunkenem Geschäftsvolumen und einer geringeren Anzahl an im Inland Beschäftigten einher. Ähnlich verhält es sich bei der Norddeutschen Landesbank Girozentrale, bei der eigenen Angaben zufolge ein Effizienzsteigerungsprogramms aufgelegt und eine Wertschöpfungssteigerung erreicht wurde, aufgrund derer sie nun zu den „100 Größten“ zählt. Während diese Neueintritte auf interne Wachstumsprozesse zurückzuführen sind, ist der Eintritt der ProSiebenSat.1 Media AG in den Kreis der „100 Größten“ auf Akquisitionen zurückzuführen. Dort wurde der Geschäftsbereich „Digital & Adjacent“ ausgebaut, indem die Aeria Games Europe GmbH, die COMVEL GmbH und die mydays Holding GmbH übernommen wurden.

523. 10 Unternehmen sind im Berichtsjahr 2014 nicht mehr unter den „100 Größten“, die im Berichtsjahr 2012 zu diesen gehörten (Rang 2012 in Klammern). Dies sind die Vodafone-Gruppe Deutschland (34), die ExxonMobil-Gruppe Deutschland (41), die HSH Nordbank AG (62), die BP-Gruppe Deutschland (66), die AXA-Gruppe Deutschland (67), die Shell-Gruppe Deutschland (68), die Landesbank Berlin AG (92), die Novartis-Gruppe Deutschland (93), die Philips-Gruppe Deutschland (98) und die GEA Group AG (100). Mit ExxonMobil, BP und Shell sind drei Unternehmen betroffen, die schwerpunktmäßig in der Erdöl- und Gasgewinnung und Mineralölverarbeitung tätig sind. Als Ursache für die negative Geschäftsentwicklung führen die Unternehmen die schwierigen Marktbedingungen an. Aufgrund einer Erhöhung des globalen Rohölangebots brach der Rohölpreis Mitte des Jahres 2014 stark ein. Der daraus resultierende Einbruch der Umsatzerlöse ging mit einem starken Rückgang der Wertschöpfung einher, sodass diese Unternehmen im Berichtsjahr 2014 nicht mehr unter den hundert größten Unternehmen Deutschlands zu finden sind. Weitere Unternehmen im Kreis der „100 Größten“, die in diesem Geschäftsfeld tätig sind, zeigen eine ähnliche Entwicklung. So beispielsweise die Total-Gruppe Deutschland (Wertschöpfungsrückgang: 49,4 Prozent) oder die BASF SE (Wertschöpfungsrückgang: 28,2 Prozent). Von den aus dem Kreis der„100 Größten“ herausgefallenen Kreditinstituten HSH Nordbank AG und Landesbank Berlin AG wird die aus regulatorischen Gründen erforderliche Restrukturierung als Ursache für die negativen Geschäftsentwicklung angeführt, wenngleich die erforderlichen Restrukturierungsmaßnahmen im Falle der Norddeutsche Landesbank Girozentrale mit einem Anstieg der inländischen Wertschöpfung verbunden waren.

---

[10] Die General-Motors-Gruppe Deutschland war bereits im Berichtsjahr 2010 aus dem Kreis der hundert größten Unternehmen Deutschlands ausgeschieden.

2.2 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

2.2.1 Wertschöpfung

524. Für den Vergleich der Wertschöpfung der hundert größten Unternehmen in Deutschland mit der Wertschöpfung der Gesamtwirtschaft verwendet die Monopolkommission im Berichtsjahr 2014 erstmalig preisbereinigte Größen.[11] Die reale Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland lag im Berichtsjahr 2014 bei EUR 1.812 Mrd. und ist damit gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 1,8 Prozent gewachsen.[12] Die hundert größten Unternehmen in Deutschland erhöhten ihre inländische reale Wertschöpfung im gleichen Zeitraum um 1,1 Prozent auf EUR 286 Mrd. und wuchsen damit schwächer als im vorangegangen Zeitraum, in dem das Wachstum der inländischen realen Wertschöpfung der „100 Größten“ noch 3,4 Prozent betrug.[13]

Abbildung II.1: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2014

Anteil der "100 Größten" an der gesamtwirtschaftlichen realen Wertschöpfung in % (Achse: 0, 5, 10, 15, 20, 25, 30)

Reale Wertschöpfung in Mrd. EUR (Achse: 0, 200, 400, 600, 800, 1.000, 1.200, 1.400, 1.600, 1.800, 2.000)

Jahr	"100 Größte"	Anteil in %	Alle Unternehmen
1978	181	19,4	936
1980	190	19,7	965
1982	185	19,4	952
1984	191	18,9	1.011
1986	203	19,2	1.062
1988	212	18,9	1.123
1990	226	18,3	1.233
1992	204	17,6	1.161
1994	234	19,6	1.191
1996	237	17,3	1.365
1998	267	18,7	1.428
2000	300	20,1	1.496
2002	258	16,8	1.533
2004	261	16,3	1.597
2006	293	17,5	1.678
2008	271	15,4	1.755
2010	273	16,0	1.705
2012	282	15,9	1.779
2014	286	15,8	1.812

Alle Unternehmen "100 Größte" Anteil in %

Anmerkungen: Gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße ist bis 2002 die preisbereinigte Nettowertschöpfung, ab 2004 die preisbereinigte Bruttowertschöpfung ohne Staatssektor, private Organisationen ohne Erwerbszweck und zusätzlich ohne Grundstücks- und Wohnungswesen; detaillierte Angaben zu den abgebildeten Größen sind in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie von Daten des Statistisches Bundesamtes

525. In Abbildung II.1 ist für alle Berichtsjahre seit 1978 die absolute Höhe und die Wachstumsrate der realen Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland und der inländischen realen Wertschöpfung der „100 Größten“ dargestellt. Darüber hinaus zeigt Abbildung II.1 die Entwicklung des Anteils der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen realen Wertschöpfung. Im Durchschnitt über alle Berichtsjahre lag dieser bei 17,9 Prozent. Werden ausschließlich die

---

[11] Die Summe der Wertschöpfung der 100 größten Unternehmen in Deutschland sowie die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016).

[12] Vgl. Abbildung II.1 sowie Tabelle A. 1, Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden.

[13] Vgl. Abbildung II.1 sowie Tabelle A. 1, Quelle: Eigene Erhebungen.

letzten zehn Jahre betrachtet, fällt er mit 16,1 Prozent jedoch geringer aus. Im Berichtsjahr 2014 lag der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung mit 15,8 Prozent unterhalb des Durchschnitts der letzten zehn Jahre und sank auch gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 0,1 Prozentpunkte.

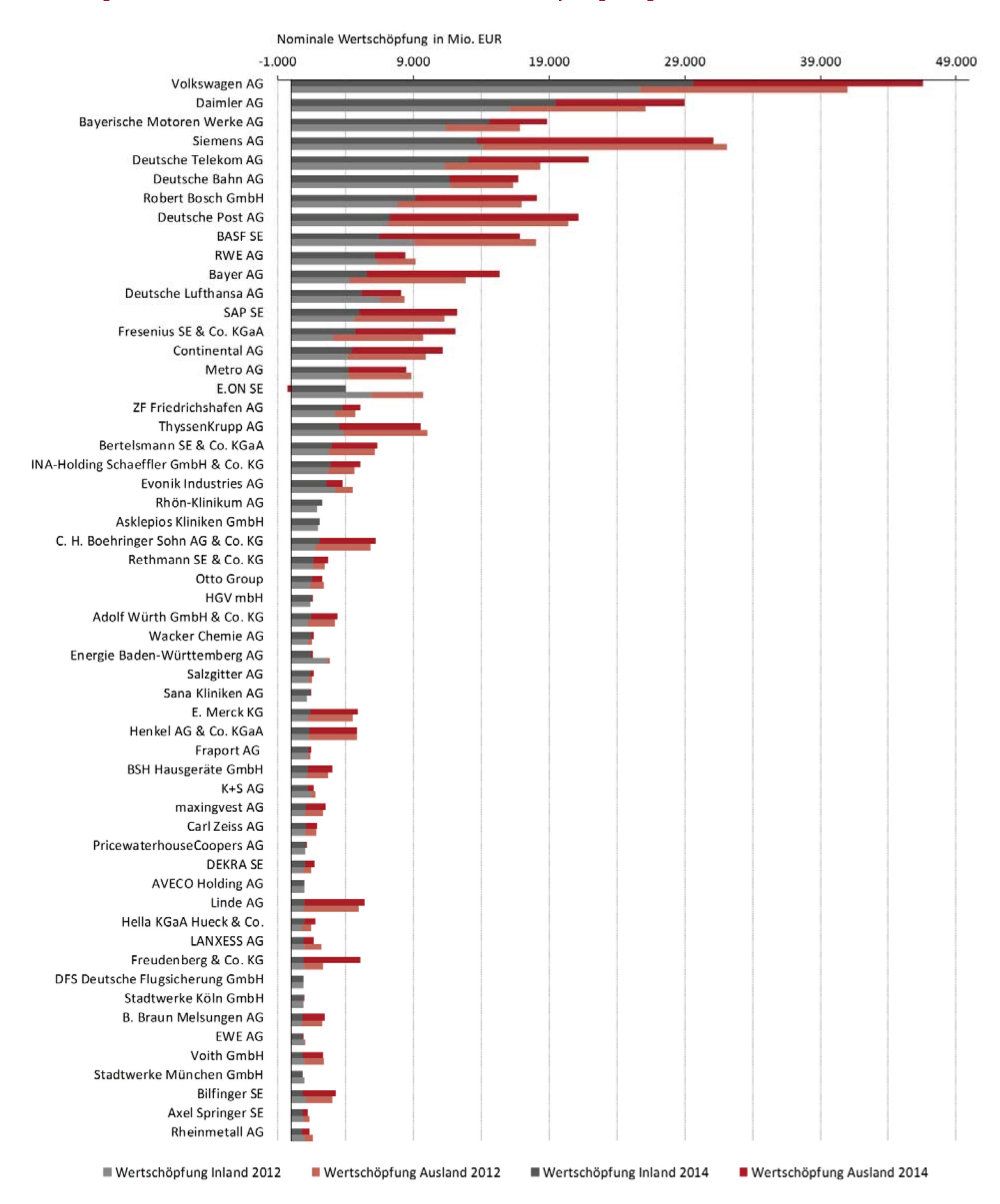
526. Aufgrund der zunehmenden Internationalisierung der Produktions- und Beschaffungsprozesse bildet die inländische Wertschöpfung der größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland oftmals nur einen Teil der gesamten Wertschöpfung einer Unternehmensgruppe ab. Um das wirtschaftliche Gewicht der in Deutschland ansässigen Konzerngesellschaften für den gesamten Konzern beurteilen zu können, stellt die Monopolkommission bei Unternehmensgruppen aus dem Kreis der „100 Größten“, die eine Konzernobergesellschaft im Inland haben, deren inländische Wertschöpfung der weltweiten Wertschöpfung gegenüber, sofern es sich um Unternehmensgruppen aus den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen handelt, die in den Berichtsjahren 2014 und 2012 zu den „100 Größten“ zählten. In Abbildung II.2 sind für die identifizierten 56 Unternehmen für beide Berichtsjahre jeweils die inländische Wertschöpfung (graue Balken) sowie die Wertschöpfung in der übrigen Welt (rote Balken) dargestellt. Die gesamte Länge der Balken entspricht somit der weltweiten Wertschöpfung des entsprechenden Unternehmens im jeweiligen Berichtsjahr.

527. Die identifizierten 56 Unternehmen erhöhten ihre weltweite Wertschöpfung im Untersuchungszeitraum um 4,6 Prozent. Die Wertschöpfung der inländischen Konzernteile erhöhte sich im Vergleich um 5,4 Prozent. Neun der betrachteten Unternehmen erzielten die berechnete Wertschöpfung in den Berichtsjahren 2012 und 2014 ausschließlich am deutschen Markt. 24 der 56 Unternehmen erhöhten den Anteil der inländischen Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung, in 23 Fällen sank die Inlandsrelation. Der Rückgang der Inlandsrelation ist in neun der 23 Fälle auf eine relativ schwächere Zunahme der inländischen Wertschöpfung zurückzuführen. Lediglich drei Unternehmen erhöhten die Wertschöpfung des Gesamtkonzerns zulasten der Wertschöpfung der inländischen Gesellschaften. Der Inlandsanteil der betrachteten Großunternehmen erhöhte sich in der Folge gegenüber der Vorperiode um 0,4 Prozentpunkte und liegt im Jahr 2014 bei durchschnittlich 54,3 Prozent.[14]

---

[14] Detaillierte Angaben zu der inländischen und der weltweiten Wertschöpfung der betrachteten Unternehmen sowie Veränderungsraten und Inlandsanteile sind in den Anlagen zu diesem Gutachten in Tabelle A. 2 zu finden. Dort werden zudem aggregierte Angaben für die identifizierten 56 Unternehmen gemacht.

Abbildung II.2: Die inländische und die ausländische Wertschöpfung der größten Unternehmen 2012 und 2014



Anmerkungen: Detaillierte Angaben zu der inländischen und der weltweiten Wertschöpfung sowie Veränderungsraten und Inlandsanteile sind in den Anlagen zu diesem Gutachten in Tabelle A. 2 zu finden; E.ON SE wies im Berichtsjahr 2014 hohe Wertminderungen im Konzernabschluss aus. Aus diesem Grund ist die inländische Wertschöpfung größer als die weltweite Wertschöpfung und somit die Wertschöpfung im Ausland negativ

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

528. Tabelle II.2 gibt einen Überblick über die hundert größten Unternehmen nach ihrer Branchenzugehörigkeit. Wie im Berichtsjahr 2012 sind 9 Unternehmen schwerpunktmäßig dem Handel und 6 Unternehmen dem Versicherungsgewerbe zuzurechnen. Die Anzahl der Unternehmen, die schwerpunktmäßig im Wirtschaftsbereich „Verkehr und Dienstleistungen" tätig sind, stieg gegenüber dem Berichtsjahr 2012 von 19 auf 21 Unternehmen an. Der Anteil dieser Unternehmen an der Wertschöpfung blieb mit einem Rückgang von 0,2 Prozentpunkten auf 21 Prozent gegenüber dem Berichtsjahr 2012 allerdings annähernd konstant. Die Gruppe der Versicherungsunternehmen nimmt mit einem Anteil von 3,3 Prozent (Berichtsjahr 2012: 3,5 Prozent) an der Wertschöpfung weiterhin das geringste gesamtwirtschaftliche Gewicht unter den betrachteten Branchen ein.

Tabelle II.2: Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2012 und 2014 nach Wirtschaftsbereichen

Wirtschaftsbereich	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten" (in %)[1]		Durschnittliche Wertschöpfung (in Mio. EUR)	
	2012	2014	2012	2014	2012	2014
Produzierendes Gewerbe	57	56	61,5	61,3	3.123	3.331
Handel	9	9	6,7	8,1	2.170	2.738
Verkehr und Dienstleistungen	19	21	21,2	21,0	3.225	3.040
Kreditgewerbe	9	8	7,0	6,4	2.249	2.445
Versicherungsgewerbe	6	6	3,5	3,3	1.705	1.654
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.893	3.045

[1] Werte auf eine Nachkommastelle gerundet

Quelle: Eigene Erhebungen

2.2.2 Beschäftigte

529. Die Aussagen zur Bedeutung der hundert größten Unternehmen nach Wertschöpfung in Bezug auf die Anzahl der Beschäftigten in der Bundesrepublik Deutschland sind für das Berichtsjahr 2014 nur bedingt mit denjenigen des Berichtsjahres 2012 vergleichbar. Ursächlich ist die erstmalige Zusammenfassung der Regionalgenossenschaften und der Edeka Zentrale AG & Co. KG als Edeka-Gruppe im Berichtsjahr 2014. Bei unverändert getrennter Erfassung wären ausschließlich die Edeka Zentrale AG & Co. KG und die Regionalgenossenschaft Minden eG zu dem Kreis der nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen zuzurechnen gewesen und hätten jeweils nicht zu den größten Arbeitgebern aus diesem Kreis gezählt. Die gemeinsame Erfassung der Edeka-Gruppe hat zur Folge, dass auch die Beschäftigten der übrigen Regionalgenossenschaften im Kreis der „100 Größten" erfasst werden. Im Berichtsjahr 2014 werden darüber hinaus erstmalig auch die Beschäftigten der selbstständigen Einzelhändler berücksichtigt, die der Edeka-Gruppe angehören. Damit ist die Edeka-Gruppe im Berichtsjahr 2014 der größte Arbeitgeber aus dem Kreis der nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen und beeinflusst die Kennzahlen zur Bedeutung der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche der „100 Größten" entsprechend.

530. Die Anzahl der im Inland Beschäftigten der 100 größten Unternehmen in Deutschland steht in einem engen Zusammenhang mit der inländischen Wertschöpfung dieser Unternehmen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei einer nominalgüterwirtschaftlichen Betrachtung in der Regel ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung auf den Personalaufwand entfällt, welcher wiederum in hohem Maße von der Zahl der Beschäftigten determiniert wird. Für das Jahr 2014 beträgt der Korrelationskoeffizient 0,73. Gegenüber dem Berichtsjahr 2012 fällt der Zusammenhang zwischen der Wertschöpfung und der Beschäftigtenzahl schwächer aus, da die Edeka-Gruppe bezogen auf ihre Beschäftigtenzahl eine relativ geringe Wertschöpfung aufweist. Bei unveränderter Erfassung der Edeka-Gesellschaften wäre der Korrelationskoeffizient mit 0,87 (Berichtsjahr 2012: 0,86) leicht angestiegen.

531. Wie in den Vorjahren konnte im Berichtsjahr 2014 die Anzahl der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche für alle Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" ermittelt werden. Im Jahr 2014 beschäftigten die 100 größten

Unternehmen insgesamt 3,66 Mio. Mitarbeiter (2012: 3,32 Mio.). Gegenüber dem Jahr 2012 erhöhten 60 der Unternehmen die Zahl der im Inland Beschäftigten, 40 Unternehmen bauten die Mitarbeiterzahl im Inland ab. Die Gesamtzahl der Beschäftigten der Großunternehmen erhöhte sich gegenüber dem Berichtsjahr 2012 deutlich um 10 Prozentpunkte auf 13,4 Prozent. Bei unveränderter Erfassung der Edeka-Gruppe wäre es zu einem Rückgang der Beschäftigten der Großunternehmen in Höhe von 0,5 Prozent gekommen.

532. In Tabelle II.3 sind die nach der Anzahl der Beschäftigten zehn größten Unternehmen des Jahres 2014 zusammengefasst. Ihr Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" nach Wertschöpfung ist gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 3,7 Prozentpunkte auf 46,8 Prozent gestiegen. Der Anstieg ist auf die Umstellung der Erfassung der Edeka-Gruppe zurückzuführen. Bei getrennter Erfassung der Edeka-Gesellschaften wäre der Kreis der zehn größten Arbeitgeber unter den „100 Größten" gegenüber dem Berichtsjahr 2012 unverändert geblieben. Infolge der Umstellung fällt die Bayerische Motoren Werke AG aus diesem Kreis heraus. Der Anteil der im Inland Beschäftigten an der Gesamtzahl aller Beschäftigten der zehn größten Arbeitgeber lag durchschnittlich bei 52,3 Prozent und hat sich somit gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 5,1 Prozentpunkte erhöht. Da die Edeka-Gruppe ausschließlich im Inland tätig ist, fällt dieser Anstieg des Inlandsanteils um 5 Prozentpunkte höher aus als bei unverändertem Kreis der 10 größten Arbeitgeber unter den „100 Größten" im Falle einer unveränderter Erfassung der Edeka-Gruppe.

Tabelle II.3: Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2014

Rang nach Beschäftigten	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Beschäftigte Inland	Beschäftigte Welt	Inlandsanteil (%)
1	25	Edeka-Gruppe	336.100	336.100	100,0
2	1	Volkswagen AG	271.043	592.586	45,7
3	6	Deutsche Bahn AG	187.882	295.763	63,5
4	8	Deutsche Post AG	170.596	443.784	38,4
5	2	Daimler AG	168.909	279.972	60,3
6	17	REWE-Gruppe	153.782	237.739	64,7
7	4	Siemens AG	115.000	343.000	33,5
8	5	Deutsche Telekom AG	114.749	227.811	50,4
9	7	Robert Bosch GmbH	105.429	290.183	36,3
10	21	Metro AG	87.255	222.813	39,2
	Insgesamt		1.710.745	3.269.751	52,3

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

533. Abbildung II.3 stellt die Entwicklung der Beschäftigtenzahlen der „100 Größten" nach Wertschöpfung und die Veränderung der Gesamtanzahl aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland in den Jahren 1978 bis 2014 dar.[15] Die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen erhöhte sich gegenüber dem Jahr 2012 um 3,6 Prozent. Die mit der Umstellung der Erfassung der Edeka-Gruppe einhergehende relativ starke Erhöhung der Zahl der Mitar-

15 Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer aller Wirtschaftszweige außer Organisationen ohne Erwerbszweck, private Haushalte und Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungen; vgl. Statistisches Bundesamt, Wiesbaden. Die Beschäftigungsstatistik wurde im Juni 2013 rückwirkend bis 1999 revidiert (vgl. für detaillierte Informationen den Methodenbericht „Beschäftigungsstatistik Revision 2014"). Auf eine rückwirkende Anpassung der Gesamtzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland für die Berichtsjahre vor 2014 wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung verzichtet. Hinzuaddiert wurden die beamteten Arbeitnehmer der Deutsche Bahn AG, der Deutsche Telekom AG sowie der Deutsche Post AG und ihrer Konzerngesellschaften.

beiter der 100 Großunternehmen um 10 Prozent führt somit ebenfalls zu einer Erhöhung des Anteils der „100 Größten“ an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland auf 13,4 Prozent (Berichtsjahr 2012: 12,6 Prozent).[16] Der langjährige durchschnittliche Anteil im Zeitraum 1978 bis 2014 liegt im Vergleich bei 15,5 Prozent.

Abbildung II.3: Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	"100 Größte" (Beschäftigte in Tsd.)	Anteil der "100 Größten" an allen Beschäftigten in %	Alle Unternehmen (Beschäftigte in Tsd.)
1978	3.343	17,4	19.209
1980	3.372	17,1	19.684
1982	3.310	17,5	18.940
1984	3.203	16,9	18.938
1986	3.321	17,1	19.453
1988	3.293	16,5	19.923
1990	3.599	16,9	21.296
1992	3.734	17,2	21.732
1994	4.288	16,7	25.746
1996	3.951	15,8	24.934
1998	3.841	15,4	24.898
2000	3.792	14,9	25.367
2002	3.597	14,4	24.962
2004	3.476	14,6	23.786
2006	3.357	14,0	24.054
2008	3.323	13,3	24.976
2010	3.228	12,8	25.281
2012	3.324	12,6	26.335
2014	3.656	13,4	27.287

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie von Auswertungen des Statistischen Bundesamtes aus der Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit

534. Um die Beschäftigtenzahlen der inländischen Konzernbereiche der „100“ Größten in den Jahren 2012 und 2014 vergleichbar zu machen, werden im Unterschied zu den zuvor dargestellten unbalancierten Zeitreihen nur die 88 Unternehmen berücksichtigt, die in beiden Jahren dem Kreis der „100 Größten“ angehörten und von denen für beide Jahre die Zahl der Beschäftigten inländischer Konzerngesellschaften vorlagen. Die Edeka-Gruppe bleibt an dieser Stelle ebenfalls unberücksichtigt. Die ermittelten 88 Unternehmen repräsentieren einen Anteil von 86,81 Prozent der Mitarbeiter der „100 Größten“ (2012: 95,03 Prozent). Im Jahr 2014 beschäftigten diese Unternehmen 3.174.358 Personen (2012: 3.159.018). Das entspricht einer Zunahme des Personalbestandes um 0,5 Prozent. Der Anteil der 88 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der Anzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aller Unternehmen verringerte sich auf 11,7 Prozent (2010: 12 Prozent).

535. Infolge des relativ stärkeren Anstiegs der inländischen Wertschöpfung erhöhte sich die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer in den 88 betrachteten Unternehmen im Jahr 2014 im Mittel um 4,6 Prozent auf EUR 91.044 gegenüber EUR 87.082 im Jahr 2012. Die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland stieg im gleichen Zeitraum durchschnittlich von EUR 69.197 auf EUR 70.798.

[16] Bei unveränderter Erfassung der Edeka-Gesellschaften wäre der Anteil der „100 Größten“ an allen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in Deutschland mit 12,1 Prozent auf den niedrigsten Wert seit der erstmaligen Erhebung im Jahr 1978 gesunken.

2.2.3 Sachanlagen

536. Die Höhe der Sachanlagen wird durch den Wirtschaftszweig, in dem ein Unternehmen schwerpunktmäßig tätig ist, maßgeblich bestimmt. Vergleichsweise hohe Sachanlagevermögen sind in der Regel in Unternehmen im Bereich der Netzindustrien festzustellen. Unter den „100 Größten“ trifft dies vorrangig auf die großen Energieversorgungsunternehmen sowie die Deutsche Telekom AG und die Deutsche Bahn AG zu. Eine relativ hohe Intensität der Sachanlagen wird ferner in den Wirtschaftsbereichen Kraftfahrzeugbau, Elektrotechnik, Maschinenbau und Chemische Industrie benötigt. Zudem besteht ein Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße – gemessen anhand der Wertschöpfung – und der Höhe des Sachanlagevermögens. Im Jahr 2014 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Höhe des Sachanlagevermögens 0,85.

537. In den Vergleich des Sachanlagevermögens in den Berichtsjahren 2012 und 2014 wurden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einbezogen, die überwiegend den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind und in beiden Jahren zum Kreis der „100 Größten“ zählten. Unberücksichtigt blieben diejenigen Unternehmen, für die die Höhe der inländischen Sachanlagen nicht ermittelt werden konnte. In die Analyse wurden 63 Unternehmen einbezogen, die am Bilanzstichtag 2014 über ein Sachanlagevermögen in Höhe von EUR 406.801 Mio. (2012: EUR 395.928 Mio.) verfügten. Der Bestand des Sachanlagevermögens der betrachteten Großunternehmen erhöhte sich um 2,8 Prozent. In Tabelle II.4 sind die nach Sachanlagevermögen (einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände) zehn größten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2014 zusammengefasst, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.

Tabelle II.4: Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2014 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)

Rang nach Sachanlagen	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Sachanlagen[1] (Mio. EUR)
1	1	Volkswagen AG	72.378
2	6	Deutsche Bahn AG	36.429
3	5	Deutsche Telekom AG	34.830
4	11	RWE AG	23.669
5	22	E.ON SE[2]	22.879
6	2	Daimler AG	22.445
7	3	Bayerische Motoren Werke AG	17.610
8	42	Vattenfall-Gruppe Deutschland	14.114
9	48	Energie Baden-Württemberg AG	13.986
10	12	Bayer AG	12.403

[1] Die Angaben beziehen sich auf inländische Konzernbereiche. Das inländische Sachanlagevermögen der Deutsche Post AG blieb aufgrund mangelnder Datenverfügbarkeit unberücksichtigt

[2] Das Inland ist keine Berichtseinheit des E.ON-Konzerns

Quelle: Eigene Erhebungen

2.2.4 Cashflow

538. Der Cashflow gilt als Indikator für die Finanzkraft eines Unternehmens. Er wird auf Grundlage von Angaben der Ge-winn- und Verlustrechnung eines Jahresabschlusses berechnet. Ausgehend vom Jahresüberschuss oder-fehlbetrag werden in der Regel alle Aufwendungen und Erträge, die in der betrachteten Periode nicht zahlungswirksam geworden sind, wieder hinzugerechnet bzw. abgezogen.

539. Die Monopolkommission verwendet für die Cashflow-Berechnung das folgende stark vereinfachte Schema:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag
+ Abschreibungen
+ Veränderung der Pensionsrückstellungen gegenüber dem Vorjahr.

540. Da der Cashflow grundsätzlich anhand von Angaben aus der Gewinn- und Verlustrechnung bestimmt wird, bleiben zahlungswirksame Vorgänge, die nicht erfolgswirksam sind – z. B. die Aufnahme von Kapital oder den Erwerb von Ver-mögensgegenständen, welche nicht sofort abgeschrieben werden – unberücksichtigt. Insofern stellt der Cashflow kein geeignetes Maß zur Darstellung langfristiger Innenfinanzierungsmöglichkeiten eines Unternehmens dar. Als Vorteil der Kennzahl Cashflow wird angeführt, dass sie Änderungen der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens deutlicher aus-drückt als die Wertschöpfung, die aufgrund des hohen Anteils an Personalkosten, die in der Regel kurzfristig wenig variabel sind, eine langsamere Reaktion auf – vor allem negative – Ertragsänderungen zeigt.

541. Aufgrund der Positionen, die für die Berechnung des Cashflow herangezogen werden, unterliegt dieser im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Sinnvolle Erkenntnisse für die Finanzkraft eines Unternehmens vermittelt diese Größe nur bei Industrie-, Handels-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Aufgrund ihrer spezifischen Geschäftstätigkeit werden die Kreditinstitute und Versicherungskonzerne im Untersuchungskreis aus der folgenden Cashflow-Analyse aus-geklammert. In beiden Jahren lagen für einige Unternehmen nicht alle zur Berechnung des Cashflow benötigten Angaben vor, wodurch die Repräsentanz der Ergebnisse für die Entwicklung der „100 Größten“ reduziert wird. Tabelle II.5 zeigt die zehn Unternehmen mit dem höchsten Cashflow im Berichtsjahr 2014.

Tabelle II.5: Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2014 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)

Rang nach Cashflow	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Cashflow (Mio. EUR)
1	1	Volkswagen AG	22.320
2	2	Daimler AG	12.526
3	5	Deutsche Telekom AG	10.097
4	12	Bayer AG	7.358
5	11	RWE AG	6.581
6	9	BASF SE[1]	6.366
7	3	Bayerische Motoren Werke AG	5.613
8	7	Robert Bosch GmbH	5.292
9	6	Deutsche Bahn AG	4.225
10	4	Siemens AG[1]	3.449

[1] Der Cashflow wurde über die gleiche Relation geschätzt wie die Wertschöpfung (zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. die Anlagen zu diesem Gutachten)

Quelle: Eigene Erhebungen

542. Für den Vergleich mit dem Berichtsjahr 2012 werden, wie bei den Untersuchungen zu den Kriterien Beschäftigte und Sachanlagen, nur diejenigen Unternehmen berücksichtigt, die nicht schwerpunktmäßig dem Kredit- oder Versiche-rungsgewerbe zuzurechnen sind, die in beiden Jahren 2012 und 2014 zu den „100 Größten“ zählten und für die der Cashflow in beiden Jahren ermittelt werden konnte. Für die identifizierten 71 summierte sich der Cashflow im Jahr 2014 auf insgesamt EUR 133.557 Mio. Dies entspricht einem Anstieg um 7 Prozent gegenüber dem Berichtsjahr 2012 (EUR 124.772 Mio.).

2.3 Rechtsformen der „100 Größten"

543. In Tabelle II.6 erfolgt eine Aufschlüsselung nach Rechtsformen der „100 Größten". Bei Konzernen wurde die Rechts-form der den Konzernabschluss aufstellenden (inländischen bzw. ausländischen) Obergesellschaft angegeben. Im Falle der betrachteten Gleichordnungskonzerne weisen die Konzernobergesellschaften übereinstimmende Rechtsformen auf. Da es sich bei der Edeka-Gruppe um einen genossenschaftlich organisierten kooperativen Unternehmensverbund handelt, wurde ihr die Rechtsform Eingetragene Genossenschaft zugeordnet, wenngleich die Edeka Zentrale die Rechtsform AG & Co. KG besitzt.

Tabelle II.6: Rechtsformen der 100 Größten 2012 und 2014

Rechtsform	Zahl der Unternehmen	
	2012	2014
Aktiengesellschaft[1]	64	59
Europäische Gesellschaft	5	7
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	7	8
Anstalt/Körperschaft öffentlichen Rechts	3	4
Eingetragene Genossenschaft	2	2
OHG oder KG i.S.d. § 264a HGB[2]	7	8
Kommanditgesellschaft	6	6
Kommanditgesellschaft auf Aktien	3	2
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	3	4
Sonstige (Stiftung, Zuordnung nicht möglich)	0	0
Insgesamt	100	100

[1] Die Rechtsformen Naamloze Vennootschap (Niederlande), Corporation (USA), Société Anonyme (Frankreich, Luxemburg), Aktiebolag (Schweden) sowie Public Company Limited by Shares (Großbritannien) wurden der Kategorie Aktiengesellschaft zugerechnet

[2] § 264a HGB enthält Vorgaben für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt

Quelle: Eigene Erhebungen

3 Die größten Unternehmen nach Branchen

3.1 Aussagegehalt branchenspezifischer Geschäftsvolumina

544. Die Monopolkommission ergänzt die Darstellung der hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland nach inländischer Wertschöpfung um eine Betrachtung der größten Unternehmen nach Branchen. Die derselben Branche angehörenden größten Unternehmen werden jeweils auf Grundlage des spezifischen Geschäftsvolumens der betrachteten Branche ermittelt. So werden die nach dem inländischen Umsatz 50 größten Industriesowie jeweils die zehn größten Handels- und Dienstleistungsunternehmen, die nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute und die nach Bruttobeitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen erfasst. Dieses Vorgehen ermöglicht einen Vergleich der Entwicklung von Wertschöpfung und Geschäftsvolumen bei nahezu allen Unternehmen unter den nach Wertschöpfung „100 Größten". Darüber hinaus stellt die Monopolkommission die preisbereinigte Summe der Geschäftsvolumina der größten Unternehmen jeder Branche der entsprechenden gesamtwirtschaftlichen realen Vergleichsgröße gegenüber. Zur Deflationierung der nominalen Größen verwendet die Monopolkommission

den impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung, der auch zur Deflationierung der Wertschöpfungsgrößen in Abschnitt 2.2.1 verwendet wurde.[17]

545. Die branchenspezifischen Geschäftsvolumina lassen im Gegensatz zur Wertschöpfung keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der betrachteten Unternehmen als Arbeitgeber, Steuersubjekte und Kapitalanlageobjekte zu. Die Höhe der Vorleistungen, die zur Erreichung des jeweiligen Geschäftsvolumens benötigt werden, bleibt ebenfalls unberücksichtigt. Gegenüber der Wertschöpfung verdeutlichen die Umsatzerlöse und Bruttobeitragseinnahmen vielmehr die Relevanz des betrachteten Unternehmens als Anbieter von Waren und Dienstleistungen. Ähnlich lässt die Bilanzsumme der Kreditinstitute Rückschlüsse auf ihre Bedeutung als Anbieter zu, da die Forderungen an Kunden[18] in der Regel den überwiegenden Anteil der Summe der Aktiva großer deutscher Banken darstellen und die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden oft mehr als die Hälfte der Passiva ausmachen. Zudem bieten die branchenspezifischen Geschäftsvolumina den Vorteil, dass sie gewöhnlich dem handelsrechtlichen Jahresabschluss zu entnehmen sind.

546. Die Branchenzuordnung erfolgt anhand der Angaben in der Segmentberichterstattung der Unternehmen und der in der Datenbank ORBIS des Anbieters Bureau van Dijk vermerkten Informationen. Die betrachteten Unternehmensgruppen beziehen in vielen Fällen gleichwohl branchenfremde Unternehmen in ihren Konsolidierungskreis ein. So gehören bei einigen Nichtfinanzdienstleistungsunternehmen Kreditinstitute und Versicherungen zum Konsolidierungskreis. Umgekehrt werden von einigen Kreditinstituten und Versicherungen Dienstleistungsunternehmen konsolidiert. Meist sind die Anteile branchenfremder Konzerngesellschaften am gesamten Geschäftsvolumen jedoch gering.[19]

3.2 Industrie

547. Tabelle II.7 weist die nach ihrem inländischen Umsatz 50 größten Industrieunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Berichtsjahr 2014 mit den entsprechenden inländischen und weltweiten Umsätzen in den Jahren 2012 und 2014 aus. Der Kreis der 50 größten Industrieunternehmen in Deutschland hat sich im Berichtsjahr 2014 gegenüber dem Jahr 2012 nur geringfügig verändert. Neu in diesen Kreis eingetreten sind die Roche-Gruppe Deutschland (46), die E. Merck KG (47), die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (48) und die Henkel AG & Co. KGaA (50) (Rang im Berichtsjahr 2014 in Klammern). Ausgeschieden aus dem Kreis sind die Peugeot-Gruppe Deutschland (47), die Dow-Gruppe Deutschland (48), die Wacker Chemie AG (49) und die maxingvest AG (50) (Rang im Berichtsjahr 2012 in Klammern).

548. Das Ausscheiden der Peugeot-Gruppe Deutschland sowie der Dow-Gruppe Deutschland ist auf einen Rückgang des weltweiten Umsatzes des jeweiligen Gesamtkonzerns zurückzuführen, welcher mit einem Rückgang des Umsatzes der inländischen Gesellschaften verbunden war. Die Wacker Chemie AG ist dagegen trotz einer Steigerung des weltweiten sowie des inländischen Umsatzes aus dem Kreis der 50 größten Industrieunternehmen Deutschlands ausgeschieden. Die maxingvest AG verzeichnete für das Berichtsjahr 2014 ebenfalls eine Steigerung des weltweiten Umsatzes. Da der Umsatz inländischer Gesellschaften allerdings gegenüber dem Jahr 2012 zurückging, gehört die maxingvest AG gleichwohl nicht länger dem Kreis der 50 größten Industrieunternehmen an.

Tabelle II.7: Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2012 und 2014

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[1]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	1	1	Volkswagen AG	139.525	202.458
2012	1	1		129.701	192.676

[17] Für ein ähnliches Vorgehen vgl. P. Lopez-Garcia, F. di Mauro and the CompNet Task Force, Assessing European competitiveness: the new CompNet micro-based database, European Central Bank- Working Paper Series No 1764, 2015, S. 12.

[18] Konzernfremde Kreditinstitute werden hier ebenfalls als Kunden betrachtet.

[19] Eine Ausnahme bildet z. B. die DZ Bank AG, die wesentliche Geschäftsvolumina außerhalb ihres Hauptgeschäftsbereichs aufwies.

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[1]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	2	22	E.ON SE[2]	98.457	111.556
2012	2	12		102.032	132.093
2014	3	2	Daimler AG	85.637	129.872
2012	3	2		72.566	114.297
2014	4	3	Bayerische Motoren Werke AG	68.181	80.401
2012	4	5		59.790	76.848
2014	5	11	RWE AG	49.083	46.149
2012	6	11		43.952	50.771
2014	6	-	BP-Gruppe Deutschland	39.951	266.131
2012	5	-		46.402	292.314
2014	7	7	Robert Bosch GmbH	32.296	48.951
2012	10	8		30.702	52.464
2014	8	9	BASF SE	32.241	74.326
2012	9	7		32.718	78.729
2014	9	4	Siemens AG	32.118	71.920
2012	8	3		34.046	78.296
2014	10	-	Shell-Gruppe Deutschland	29.886[S]	316.966
2012	7	-		38.075[S]	363.585
2014	11	12	Bayer AG	21.373	42.239
2012	12	15		19.983	39.760
2014	12	48	Energie Baden-Württemberg AG	19.509	21.003
2012	14	32		17.068	19.246
2014	13	26	ThyssenKrupp AG	19.091	41.304
2012	11	22		22.511	40.124
2014	14	52	Ford-Gruppe Deutschland	17.466[E]	108.447
2012	13	-		17.070	104.488
2014	15	42	Vattenfall-Gruppe Deutschland	14.654	18.237
2012	17	27		13.297	19.224
2014	16	16	Airbus-Gruppe Deutschland	14.553	60.713
2012	16	19		13.412	56.480
2014	17	33	General Motors-Gruppe Deutschland	13.487[E]	117.368
2012	19	-		11.461[E]	118.501
2014	18	83	Total-Gruppe Deutschland	12.714	159.586
2012	15	42		14.650	182.299

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[1]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	19	18	Continental AG	12.045	34.506
2012	18	18		11.981	32.736
2014	20	24	ZF Friedrichshafen AG	10.999	18.415
2012	22	25		9.593	17.366
2014	21	-	Heraeus Holding GmbH	9.999	15.589
2012	20	-		11.367	20.217
2014	22	-	ExxonMobil-Gruppe Deutsch-	9.294	296.643
2012	21	41	land	10.297	352.666
2014	23	-	VNG-Verbundnetz Gas AG	9.180	9.978
2012	31	-		6.795	7.811
2014	24	15	Fresenius SE & Co. KGaA	8.594	23.231
2012	34	26		6.078	19.290
2014	25	84	Dr. August Oetker KG	8.594	10.935
2012	25	95		8.647	10.942
2014	26	49	Salzgitter AG	8.398	9.040
2012	23	53		9.278	10.397
2014	27	30	INA-Holding Schaeffler GmbH	7.947	12.124
2012	30	30	& Co. KG	7.442	11.125
2014	28	38	C. H. Boehringer Sohn AG &	7.902	13.317
2012	28	40	Co. KG	8.004	14.691
2014	29	-	Aurubis AG	7.825	11.335
2012	24	-		9.013	13.789
2014	30	32	Evonik Industries AG	7.720	12.917
2012	26	24		8.382	13.629
2014	31	87	EWE AG	7.361	8.134
2012	29	74		7.715	8.158
2014	32	67	Hewlett-Packard-Gruppe	6.484[S]	83.891
2012	32	54	Deutschland	6.780[S]	93.674
2014	33	59	BSH Hausgeräte GmbH	6.380	11.389
2012	39	63		4.968	9.800
2014	34	-	Philip Morris International-	6.322[E]	22.406
2012	33	-	Gruppe Deutschland	6.157[E]	24.421
2014	35	91	Stadtwerke München GmbH	6.095	6.095
2012	45	75		4.498	4.498

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[1]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	36	20	Sanofi-Gruppe Deutschland	6.081[E]	33.770
2012	36	23		5.357[E]	34.947
2014	37	44	STRABAG-Gruppe Deutschland	6.080	13.566
2012	35	51		5.687	12.983
2014	38	-	Johnson Controls-Gruppe Deutschland	5.443	32.237
2012	40	-		4.904	32.654
2014	39	36	IBM-Gruppe Deutschland	4.905	69.845
2012	38	36		5.020	81.338
2014	40	58	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	4.593	8.823
2012	44	57		4.575	9.090
2014	41	-	LyondellBasell-Gruppe Deutschland	4.559[E]	33.656
2012	41	-		4.867[E]	34.490
	-				
2014	42	81	Stadtwerke Köln GmbH	4.556	4.556
2012	42	83		4.809	4.809
2014	43	66	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	4.546	41.054
2012	43	-		4.619	43.198
2014	44	-	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	4.533[S]	59.676
2012	37	-		5.181[S]	65.543
2014	45	-	Umicore-Gruppe Deutschland	4.319	8.829
2012	27	-		8.231	12.548
2014	46	53	Roche-Gruppe Deutschland	4.195[E]	39.075
2012	-	52		3.900[E]	37.751
2014	47	51	E. Merck KG	4.189	11.291
2012	-	55		3.822	10.741
2014	48	45	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	4.185	4.185
2012	-	48		3.347	3.347
2014	49	76	LANXESS AG	4.127	8.006
2012	46	79		4.361	9.094
2014	50	54	Henkel AG & Co. KGaA	4.083	16.428
2012	-	50		3.827	16.510
2014	-	-	Peugeot-Gruppe Deutschland	-	-
2012	47	-		4.150	55.446
2014	-	-	Dow-Gruppe Deutschland	-	-

Jahr	Rang nach Umsatz	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Gesellschaften[1]	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2012	48	-		4.059	44.197
2014	-	47	Wacker Chemie AG	4.007	4.826
2012	49	58		3.973	4.635
2014	-	63	maxingvest AG	3.877	9.663
2012	50	73		3.937	9.608

[1] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit S gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und E steht für den Einzelabschluss

[2] Das Inland ist keine Berichtseinheit des E.ON-Konzerns

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

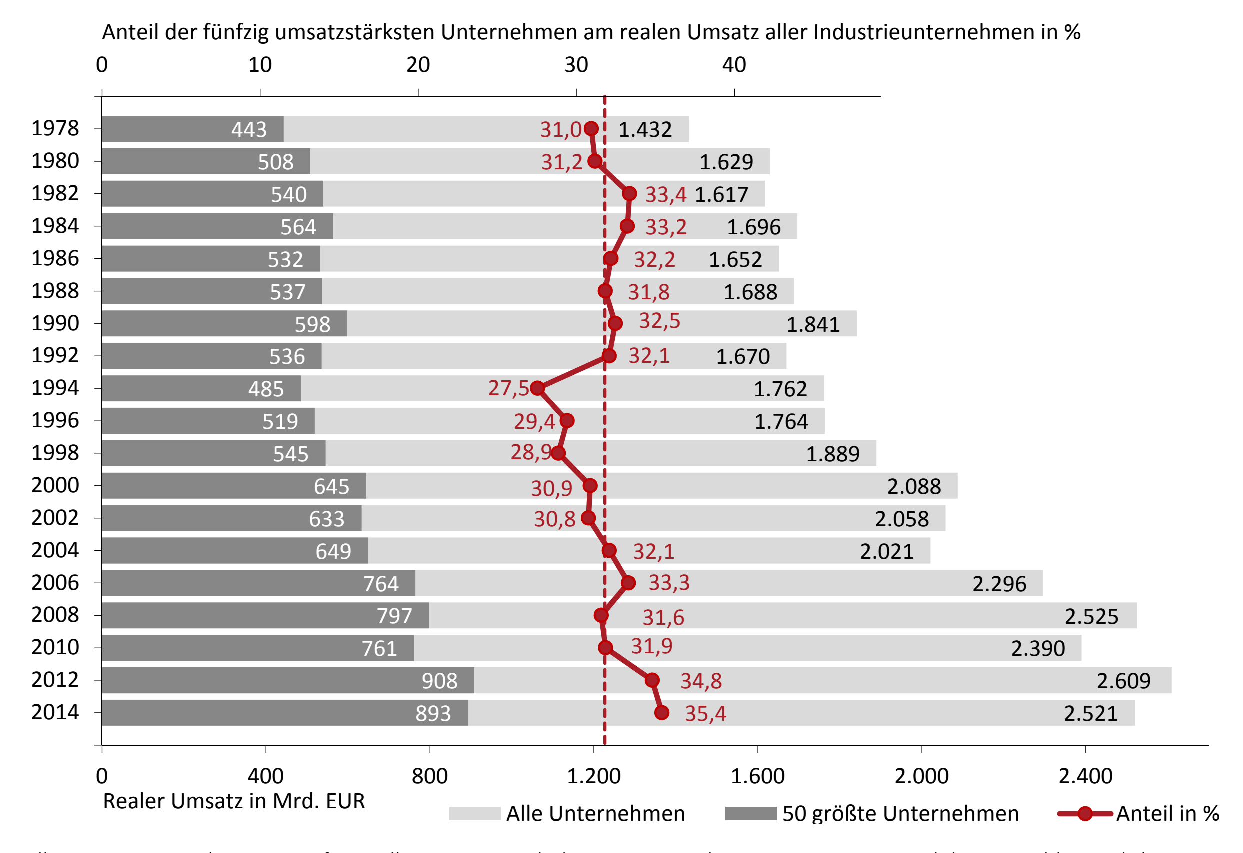
549. Die neu in den Kreis eingetretenen Unternehmen verzeichneten ausnahmslos eine Steigerung des Umsatzes inländischer Gesellschaften. Die Steigerung des Umsatzes inländischer Gesellschaften ging bei diesen Unternehmen mit einer Steigerung des Umsatzes des Gesamtkonzerns einher. Einzig die Henkel AG & Co. KGaA hat den Umsatz der inländischen Gesellschaften bei sinkendem Umsatz des Gesamtkonzerns erhöht.

550. In Abbildung II.4 ist der Anteil des realen Umsatzes der 50 größten Industrieunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße dargestellt.[20] Als Vergleichsgröße dient der preisbereinigte Gesamtumsatz aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes.[21] Im Berichtszeitraum sank das reale Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes um 3,4 Prozent, während die Summe der realen Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen um 1,7 Prozent sank. Infolge des relativ schwächeren Rückgangs bei den 50 größten Industrieunternehmen stieg ihr Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße um 0,61 Prozentpunkte auf 35,42 Prozent, den höchsten Wert seit Beginn der Berichterstattung.

[20] Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Die aggregierten Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

[21] Die zugrunde liegenden Nominalwerte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe). Diese wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016).

Abbildung II.4: Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014



Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) des Statistischen Bundesamtes

3.3 Handel

551. In Tabelle II.8 sind die nach ihrem inländischen Umsatz zehn größten Handelsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland aufgeführt. Neben dem Umsatz der inländischen Gesellschaften wird in Tabelle II.8 auch der Umsatz des Gesamtkonzerns für die Jahre 2012 und 2014 ausgewiesen. Der Kreis der zehn größten Handelsunternehmen in Deutschland hat sich aufgrund der veränderten Erfassung der Edeka-Gruppe geringfügig verändert. Die erstmalig als Einheit erfasste Edeka-Gruppe ist mit einem Inlandsumsatz von EUR 46.542 Mio. nun das größte Handelsunternehmen in Deutschland.[22] Neu eingetreten in den Kreis ist mit einem Inlandsumsatz von EUR 7.741 Mio. die Otto Group auf Rang 7. Aufgrund der gemeinsamen Erfassung der Edeka Minden eG und der Edeka Zentrale AG & Co. KG, die im Jahr 2012 zu den zehn größten Handelsunternehmen gehörten, ist trotz des Neueintritts der Otto Group kein Unternehmen aus dem Kreis der zehn größten Handelsunternehmen ausgeschieden.

[22] Im Berichtsjahr 2014 erfasst die Monopolkommission die Edeka Zentrale AG & Co. KG und die Edeka Regionalgenossenschaften erstmalig gemeinsam als Edeka-Gruppe (vgl. hierzu Tz. 515). Mit einem Inlandsumsatz von EUR 7.496 Mio. bzw. EUR 28.147 Mio. hätte bei unveränderter Erfassung sowohl die Edeka Minden eG als auch die Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2014, wie bereits im Jahr 2012, zu den zehn größten Handelsunternehmen in Deutschland gehört.

Tabelle II.8: Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2012 und 2014

Jahr	Rang nach		Unternehmen[1]	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[2]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	1	25	Edeka-Gruppe*	46.542	46.542
2012	-	-		-	-
2014	2	17	REWE-Gruppe	37.204	51.106
2012	1	16		35.690	49.680
2014	3	19	Schwarz-Gruppe*	30.964	79.300
2012	2	33		28.550	67.600
2014	4	21	Metro AG	25.478	63.035
2012	4	17		25.630	66.739
2014	5	28	Aldi-Gruppe*	24.849	65.857
2012	5	31		23.184	58.300
2014	6	-	Marquard & Bahls AG	9.386	14.112
2012	6	-		7.301	17.090
2014	7	43	Otto Group	7.741	12.057
2012	-	49		6.753	11.784
2014	8	-	Lekkerland AG & Co. KG	7.443	11.985
2012	9	-		6.998	11.484
2014	9	-	BayWa AG	7.296	15.202
2012	10	-		6.831	10.531
2014	10	-	Agravis Raiffeisen AG	7.292	7.364
2012	8	-		7.066	7.108

[1] Bei mit * gekennzeichneten Unternehmen handelt es sich um Schätzwerte

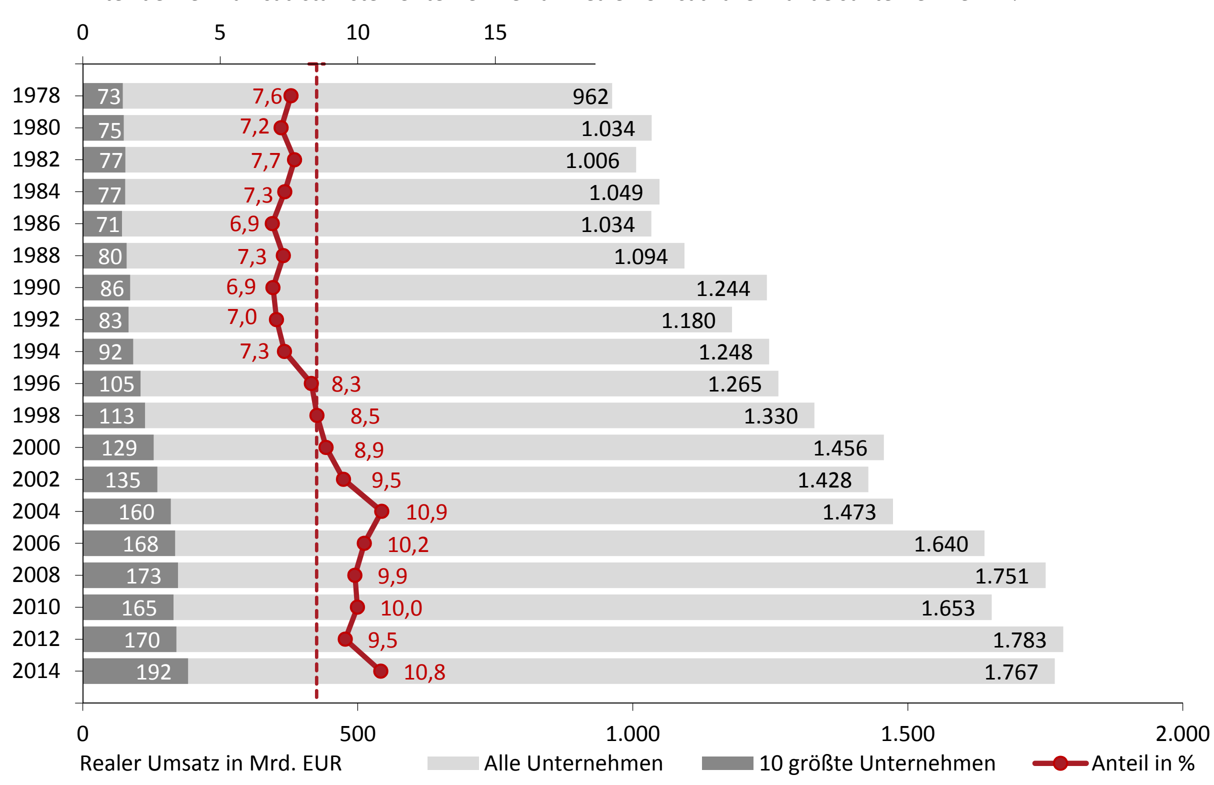
[2] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte; die Umsatzerlöse der Aldi- und Schwarz-Gruppe sowie der Umsatz der Edeka-Gruppe wurden den um die Umsatzsteuer korrigierten Angaben in den Veröffentlichungen des Datenanbieters TradeDimensions sowie verschiedenen Presseverlautbarungen entnommen

552. Abbildung II.5 zeigt die realen aggregierten Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen für den Zeitraum von 1978 bis 2014 und stellt diese jeweils den realen Umsatzerlösen aller Handelsunternehmen in der Bundesrepublik

Deutschland gegenüber.[23] Während die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße im Berichtszeitraum um 0,9 Prozent sank, erhöhten sich die realen aggregierten Umsatzerlöse der zehn größten Handelsunternehmen um 12,6 Prozent. Folglich stieg auch der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße um 1,3 Prozentpunkte auf 10,8 Prozent.

Abbildung II.5: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014



Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) des Statistisches Bundesamtes

3.4 Verkehr und Dienstleistungen

553. Die nach ihrem Umsatz im Inland zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen der Bundesrepublik Deutschland im Berichtsjahr 2014 sind in Tabelle II.9 aufgeführt. Für diese Unternehmen wird der Umsatz der inländischen Gesellschaften der Berichtjahre 2012 und 2014 dem Umsatz des Gesamtkonzerns gegenübergestellt. Der Kreis der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2012 nicht verändert. Die Rangfolge der Unternehmen im Kreis ist ebenfalls unverändert.

554. Die Vodafone-Gruppe Deutschland, die im Berichtsjahr 2014 aus dem Kreis der nach inländischer Wertschöpfung hundert größten Unternehmen ausgeschieden ist, ist weiterhin unter den zehn umsatzstärksten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Das Ausscheiden aus dem Kreis der nach inländischer Wertschöpfung „100 Größten" war nicht durch einen Rückgang des Umsatzes hervorgerufen worden, sondern auf hohe Abschreibungen zurückzuführen.

[23] Die zugrunde liegenden Nominalwerte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnitts G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes. Diese wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Detaillierte Angaben zu den aggregierten Umsatzerlösen der zehn größten Handelsunternehmen, die jeweiligen Anteilswerte sowie die Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.9: Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2012 und 2014

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften[1]	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	1	5	Deutsche Telekom AG	25.742	62.658
2012	1	6		27.544	58.169
2014	2	6	Deutsche Bahn AG	23.464	39.728
2012	2	4		23.354	39.296
2014	3	13	Deutsche Lufthansa AG	22.009	30.011
2012	3	10		22.153	30.135
2014	4	8	Deutsche Post AG	17.367	56.630
2012	4	9		16.825	55.512
2014	5	-	Vodafone-Gruppe Deutschland[S]	11.372	52.383
2012	5	34		10.189	54.810
2014	6	14	SAP SE	10.197	17.560
2012	6	14		8.892	16.223
2014	7	41	Rethmann SE & Co. KG	7.746	12.260
2012	7	44		7.106	11.877
2014	8	29	Bertelsmann SE & Co. KGaA	6.931	16.675
2012	8	28		6.870	16.065
2014	9	-	Telefónica-Gruppe Deutschland	5.522	50.377
2012	9	-		5.213	62.356
2014	10	-	TUI AG	5.146	18.715
2012	10	-		5.026	18.330

[1] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit [S] gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss

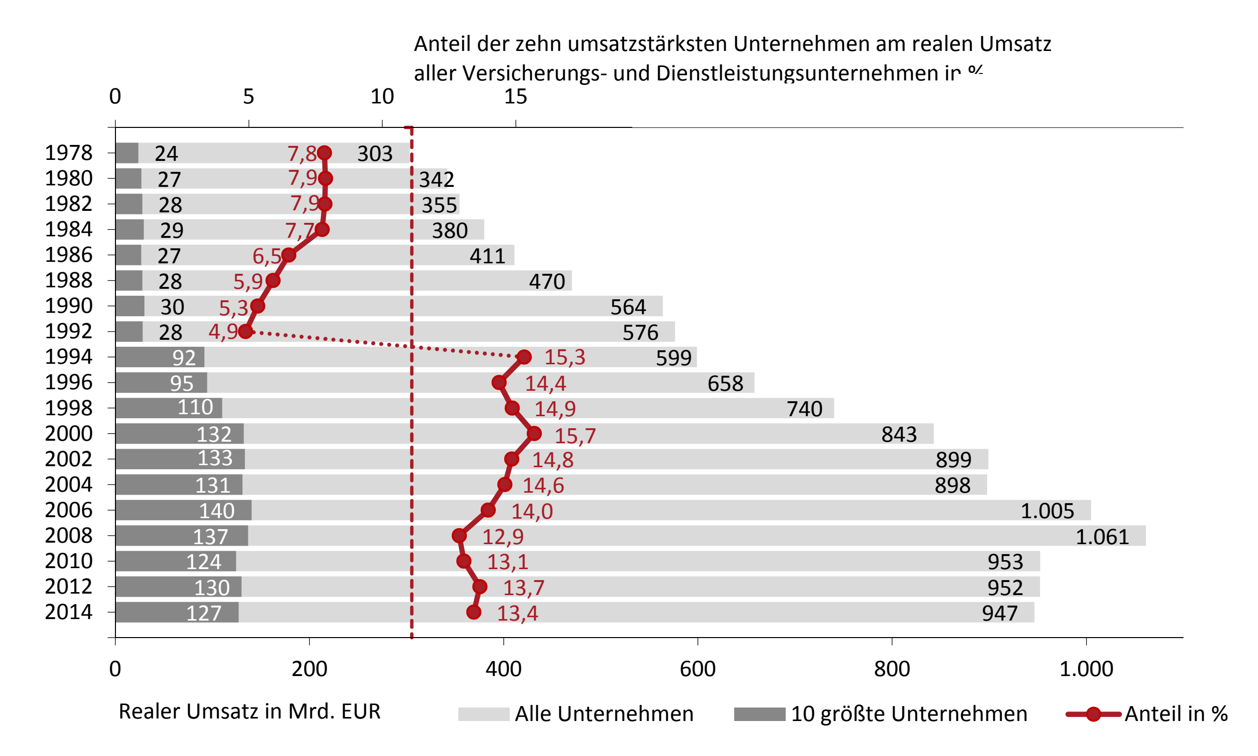
Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

555. In Abbildung II.6 ist der Anteil des realen aggregierten Geschäftsvolumens der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße für den Zeitraum 1978 bis 2014 dargestellt.[24] Als gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße wurde die preisbereinigte Summe der

[24] Die nominalen aggregierten Umsätze wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016).

Umsätze der entsprechenden Wirtschaftsabschnitte der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes herangezogen.[25] Im Berichtszeitraum kam es zu einem leichten Rückgang des Anteils der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen am realen Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Dieser lag im Jahr 2012 bei 13,7 Prozent und sank um 0,3 Prozentpunkte auf 13,4 Prozent im Berichtsjahr 2014. Der Rückgang ist auf ein relativ stärkeren Rückgang des Geschäftsvolumens der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zurückzuführen. Während die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße um 0,6 Prozent sank, sanken die preisbereinigten aggregierten Umsatzerlöse der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen um 2,3 Prozent.

Abbildung II.6: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014



Anmerkung: Die außergewöhnliche Umsatzsteigerung der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 ist auf die erstmalige Einbeziehung der Unternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost sowie der Deutsche Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) des Statistischen Bundesamtes

3.5 Kreditgewerbe

556. Tabelle II.10 weist die nach der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche zehn größten Kreditinstitute im Berichtsjahr 2014 aus. Neben der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche wird jeweils ergänzend die Bilanzsumme des Gesamtkonzerns berichtet. Beide Größen werden zudem denjenigen des Berichtsjahres 2012 gegenübergestellt. Der Kreis der zehn größten Kreditinstitute hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2012 nicht verändert und auch die Rangfolge dieser Kreditinstitute weist keine Veränderung auf.

[25] Der zugrunde liegende Nominalwert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) sowie S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen). Dieser wurde mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Eine detaillierte Übersicht zu den Angaben der aggregierten Umsätze der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.10: Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2012 und 2014

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierte Bilanzsumme der	
	Bilanzsumme	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften	Gesamtkonzerne
	der inländischen Konzerngesellschaften			in Mrd. EUR	
2014	1	10	Deutsche Bank AG	984	1.709
2012	1	13		1.039	2.012
2014	2	23	Commerzbank AG	513	558
2012	2	21		583	636
2014	3	35	KfW Bankengruppe	489	489
2012	3	29		512	512
2014	4	39	DZ Bank AG	362	403
2012	4	43		380	407
2014	5	55	Landesbank Baden-Württemberg	234	266
2012	5	46		321	336
2014	6	62	Bayerische Landesbank	232	232
2012	6	84		279	287
2014	7	40	UniCredit-Gruppe Deutschland	197	844
2012	7	39		215	927
2014	8	-	Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale	166	179
2012	8	-		184	199
2014	9	92	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	159	198
2012	9	-		181	226
2014	10	-	NRW.Bank	144	144
2012	10	-		149	149

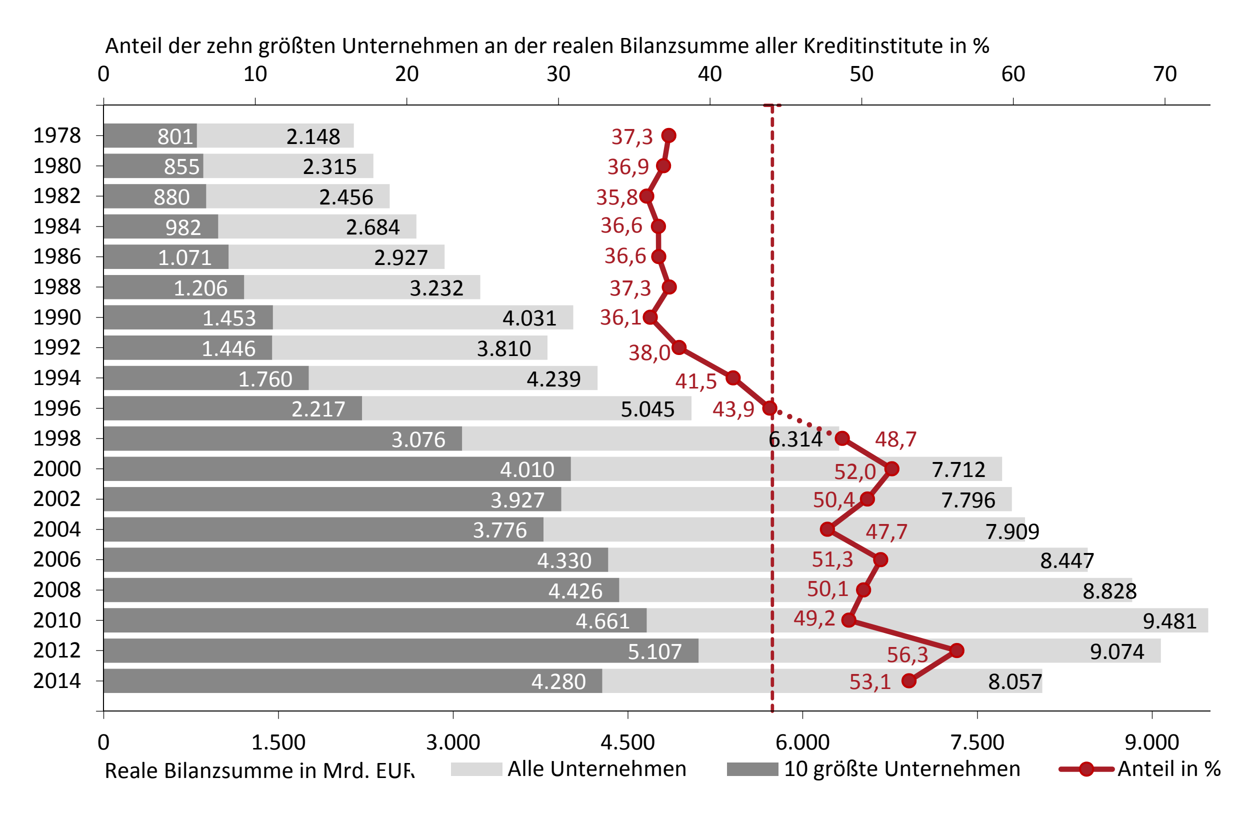
Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

557. Die Summe der konsolidierten inländischen Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute sank von EUR 3.843 Mrd. im Jahr 2012 auf EUR 3.481 Mrd. im Jahr 2014. Dies entspricht einem Rückgang um 9,4 Prozent. Auch die Bilanzsumme aller Kreditinstitute einschließlich ausländischer Filialen verringerte sich im gleichen Zeitraum um 7,6 Prozent. Sie betrug am Ende des Jahres 2014 EUR 8.590 Mrd.[26] Da sich die Deutsche Bundesbank bei ihren Erhebungen zur Ermittlung der Bilanzsummen auf die Einzelabschlüsse der Kreditinstitute stützt, werden für eine Gegenüberstellung ebenfalls die addierten Bilanzsummen der zehn größten Kreditinstitute verwendet, um eine unmittelbar vergleichbare

[26] Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft 1 zum Monatsbericht, Januar 2016, S. 106.

Referenzgröße zu erhalten.[27] Darüber hinaus verwendet die Monopolkommission zur Darstellung der Entwicklung des Anteils der Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute preisbereinigte Größen.[28] Im Jahr 2014 betrug die preisbereinigte unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute EUR 4.280 Mrd. und ist damit gegenüber dem Jahr 2012 um 16,2 Prozent gesunken. Abbildung II.3 zeigt, dass der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der realen Bilanzsumme aller Kreditinstitute nach einem deutlichen Anstieg im Jahr 2012 um 3,2 Prozentpunkte auf 53,1 Prozent im Berichtsjahr 2014 gesunken ist.[29]

Abbildung II.7: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2014



Anmerkung: Bei der Bilanzsumme der zehn größten sowie derjenigen aller Kreditinstitute handelt es sich um preisbereinigte Größen; ab 1998 ist in der Abbildung die preisbereinigte unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute dargestellt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank

3.6 Versicherungsgewerbe

558. In Tabelle II.11 sind die nach den inländischen Bruttobeitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen ergänzt um die konsolidierten Beitragseinnahmen des jeweiligen Gesamtkonzerns für die Jahre 2012 und 2014 ausgewiesen. Der Kreis der zehn größten Versicherungsunternehmen hat sich gegenüber dem Jahr 2012 im Berichtsjahr 2014 nicht verändert. Es ist lediglich eine Rangänderung zu beobachten. Die Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland, die sich im Berichtsjahr 2012 noch auf dem neunten Rang befand, ist im Berichtsjahr 2014 auf dem zehnten Rang zu finden, obwohl die Beitragseinnahmen im Inland gegenüber 2012 um 1 Prozent gestiegen sind. Da die inländischen Beitragseinnahmen bei HUK-COBURG mit 13,4 Prozent deutlich stärker stiegen, befindet sich HUK-

---

[27] Ab 1998 wird der Anteil anhand der unkonsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt.

[28] Die unkonsolidierte Bilanzsumme der 10 größten Kreditinstitute in Deutschland, sowie diejenige aller Kreditinstitute, wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016).

[29] Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zur Bilanzsumme, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

COBURG im Berichtsjahr 2014 auf dem neunten Rang. Die Summe der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen stieg geringfügig um 0,4 Prozent auf EUR 138,3 Mrd.

Tabelle II.11: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2012 und 2014

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierte Beitragseinnahmen der	
	Beitragseinnahmen	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			in Mio. EUR	
2014	1	31	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	35.280	48.848
2012	1	20		38.430	51.969
2014	2	27	Allianz SE	28.157	73.883
2012	2	35		27.251	72.086
2014	3	-	Generali-Gruppe Deutschland	13.659	70.430
2012	3	-		13.798	69.613
2014	4	-	DZ Bank AG (R+V Versicherung AG)	12.031	14.040
2012	4	-		10.906	11.875
2014	5	-	AXA-Gruppe Deutschland	10.162	86.267
2012	5	67		10.202	84.592
2014	6	69	Debeka-Gruppe	9.830	9.830
2012	6	56		9.331	9.331
2014	7	75	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	9.335	28.995
2012	7	89		9.187	26.659
2014	8	-	Versicherungskammer Bayern	7.267	7.267
2012	8	-		6.855	6.855
2014	9	90	HUK-COBURG	6.321	6.321
2012	10	-		5.576	5.576
2014	10	-	Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland	6.241	39.192
2012	9	-		6.177	39.915

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

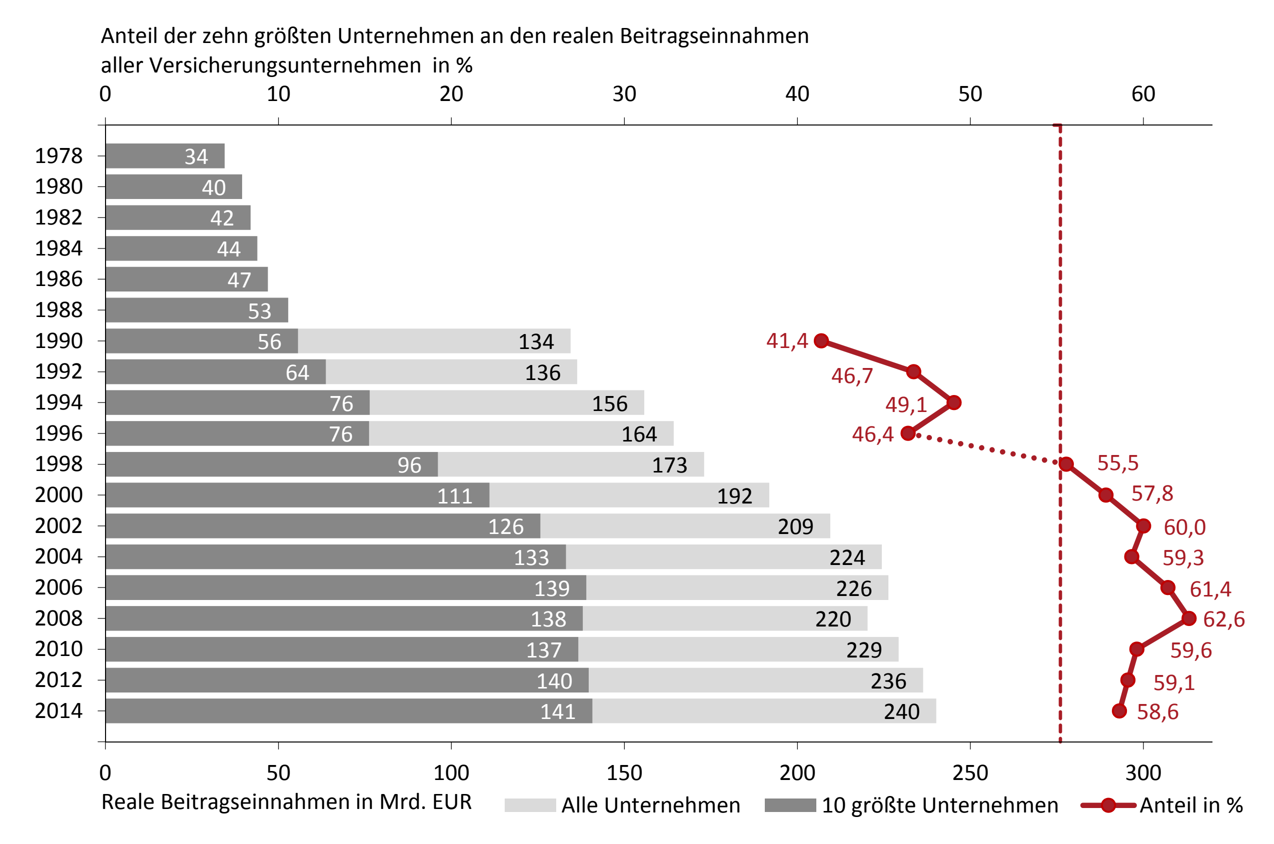
559. Für die Gegenüberstellung mit der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße wird auf die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen zurückgegriffen, da die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten ermittelt.[30] Die unkonsolidierten Beitragseinnahmen werden zudem in konstanten Preisen angegeben.[31] Das preisbereinigte unkonsolidierte Beitragsvolumen der zehn größten Versicherungsunternehmen in Deutschland betrug zum Ende des Jahres 2014 EUR 140,8 Mrd. und hat sich damit gegenüber dem Jahr 2012 um 0,8 Prozent erhöht. Die preisbereinigten Bruttobeiträge aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen in Deutschland erhöhten sich gegenüber dem Jahr

[30] Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht- Erstversicherungsunternehmen und Pensionsfonds- 2014, S. 11.

[31] Die unkonsolidierten Beitragseinnahmen in jeweiligen Preisen wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016).

2012 um 1,6 Prozent auf EUR 240,1 Mrd. Somit ist der Anteil der Bruttobeitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen an den realen Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen im Berichtsjahr 2014 um 0,5 Prozentpunkte auf nunmehr 58,6 Prozent gesunken.[32] Abbildung II.8 verdeutlicht, dass dieser Anteil damit den niedrigsten Wert seit dem Berichtsjahr 2000 annimmt.

Abbildung II.8: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014



Anmerkungen: Ab 1995 sind in der Abbildung die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne dargestellt. Bis einschließlich 1996 wurde der Anteil anhand der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne ermittelt. Alle Größen wurden rückwirkend preisbereinigt

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

4 Verflechtungen der „100 Größten"

4.1 Problemstellung

560. Gemäß § 18 Abs. 3 GWB sind zur Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens neben dem Marktanteil auch der Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie Verflechtungen mit anderen Unternehmen heranzuziehen. Insofern soll eine Analyse marktübergreifender Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen Deutschlands Aufschluss über ihre Marktstellung geben. Die Monopolkommission führt diese Analyse in Form einer Untersuchung von Verflechtungen über Kapitalbeteiligungen zwischen den „100 Größten" sowie von personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten" über Mehrfachmandatsträger in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien dieser Unternehmen durch.

---

[32] Die ausführlichen Angaben zu den Beitragseinnahmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

561. Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen haben zur Folge, dass der unternehmerische Erfolg des Beteiligungsunternehmens den Unternehmenserfolg des Anteilseigners beeinflusst. So geht der Erfolg eines Beteiligungsunternehmens, das nicht zum Konsolidierungskreis gehört, in Form von Aufwendungen und Erträgen aus Beteiligungen dennoch in das Jahresergebnis des Anteilseigners ein.[33] Ausgehend von dem Ziel des Anteilseigners nicht ausschließlich sein operatives Ergebnis, sondern das Jahresergebnis zu maximieren, lässt sich ein Interesse des Anteilseigners am Erfolg des Beteiligungsunternehmens ableiten. Insofern sind auch Kapitalverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen geeignet, eine Gleichrichtung von Interessen herbeizuführen und damit den Anreiz wettbewerblich zu agieren herabzusetzen. Daher sind Kapitalverflechtungen aus wettbewerbspolitischer Perspektive insbesondere in Fällen kritisch zu beurteilen, in denen die betroffenen Unternehmen ohnehin eine starke Marktposition einnehmen und gleichgerichtete Interessen die Wettbewerbsintensität zwischen den verflochtenen Unternehmen weiter abschwächen.

562. In Bezug auf personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen ist davon auszugehen, dass Personen, die in mehreren Unternehmen eine Geschäftsführungs- oder Kontrollfunktion einnehmen, grundsätzlich am Erfolg aller dieser Unternehmen interessiert sind. Insofern finden über personelle Verflechtungen ebenfalls eine Gleichrichtung von Interessen und eine Abschwächung von Wettbewerbsanreizen statt. Der Zugang zu internen Unternehmensinformationen vereinfacht darüber hinaus koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen. Vor diesem Hintergrund sind personelle Verflechtungen aus wettbewerbspolitischer Sicht von Bedeutung. Sie haben bei der Analyse der Verflechtung von Großunternehmen darüber hinaus eine politökonomische bzw. gesellschaftspolitische Dimension, da sich hier bei einer hohen Konzentration potenziell Einflussmöglichkeiten auf die nationale Volkswirtschaft ergeben.

563. Da die betrachteten Großunternehmen zumeist auf mehreren Märkten tätig sind, lässt die Analyse der Verflechtungen der „100 Größten" eine detaillierte Aussage zu ihren Wirkungen auf den wettbewerblich relevanten Märkten nicht zu. Detaillierte Aussagen zur Wirkung von Verflechtungen in einem konkreten Fall lassen sich ausschließlich vor dem Hintergrund einer korrekten Abgrenzung des wettbewerblich relevanten Marktes machen. Die Monopolkommission erkennt darüber hinaus an, dass Kapitalverflechtungen sowie Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien im Gegensatz zu möglichen wettbewerbsbeschränkenden Effekten ebenso Effizienz steigernde Wirkungen entfalten können, indem sie die Möglichkeiten der Steuerung und Kontrolle entlang der Wertschöpfungskette erhöhen und so zu einer effizienten Koordination ökonomischer Aktivitäten beitragen.

564. Im Folgenden werden in Kapitel 4.2 zunächst die Kapitalverflechtungen der hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland untersucht, indem zum einen für jedes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" die Struktur der Anteilseigner ermittelt wird und zum anderen die Beteiligungen von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" an anderen Unternehmen aus diesem Kreis explizit ausgewiesen werden. Im Anschluss werden in Kapitel 4.3 personelle Verflechtungen zwischen den einzelnen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" ausgewiesen sowie die Mandatsträger in Kontrollgremien der „100 Größten" nach ihrer Gruppenzugehörigkeit aufgeschlüsselt.

4.2 Kapitalverflechtungen

4.2.1 Datenquellen und Methodik

565. Die Monopolkommission greift bei der Ermittlung der Kapitalverflechtungen zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" auf die Angaben zur Anteilseigner- bzw. Aktionärsstruktur in den veröffentlichten Geschäftsberichten zurück. Gemäß § 285 Nr. 11 HGB müssen Kapitalgesellschaften Anteile an anderen Unternehmen im Anhang zum Jahresabschluss aufführen, sofern diese mindestens 20 Prozent betragen. Handelt es sich um börsennotierte Kapitalgesellschaften müssen bereits Beteiligungen ausgewiesen werden, bei denen 5 Prozent der Stimmrechte an einer großen Kapitalgesellschaft überschritten werden (§ 285 Nr. 11b HGB).

[33] Da in Kapitel II des Gutachtens Unternehmensgruppen Gegenstand der Untersuchung sind, handelt es sich bei der Betrachtung von Kapitalverflechtungen hier ausschließlich um Unternehmen, die nicht zum Konsolidierungskreis der betrachteten Unternehmensgruppe gehören.

566. Da derjenige, der durch Erwerb, Veräußerung oder sonstige Weise 3 Prozent der Stimmrechte an einem Emittenten, erreicht, überschreitet oder unterschreitet, dies unverzüglich dem Emittenten und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mitzuteilen hat (§ 21 Abs. 1 WpHG) und Inlandsemittenten gemäß § 26 Abs. 1 WpHG ihrerseits verpflichtet sind, diese Mitteilung zu veröffentlichen, ist es oftmals möglich, auch kumulierte Kapitalanteile von unter fünf Prozent dem entsprechenden Anteilseigner zuzuordnen.

567. Die Monopolkommission nutzt seit dem XX. Hauptgutachten, neben den durch die Unternehmen veröffentlichten Angaben, die in der Datenbank „Orbis Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk berichtete Eigentümerstruktur (Stand: Dezember 2014)[34], um die Kapitalverflechtungen zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ zu ermitteln. Mithilfe dieser Datenquelle können auch kumulierte Kapitalanteile, die unterhalb einer Schwelle von drei Prozent liegen einem Anteilseigner zugeordnet werden. So ordnet die Monopolkommission kumulierte Kapitalanteile, die ein Prozent übersteigen, dem entsprechenden Anteilseigner zu. Kapitalanteile von weniger als ein Prozent werden im Rahmen der Untersuchung dem Streubesitz zugeordnet.[35]

568. Neben direkten Beteiligungen werden auch indirekte Beteiligungen berücksichtigt. Diese werden dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette zugerechnet, wenn es die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften mehrheitlich kontrolliert. Da die Untersuchung der Kapitalverflechtungen das Ziel verfolgt abzubilden, inwiefern ein Anteilseigner die Möglichkeit hat, das Beteiligungsunternehmen zu steuern, beziehen sich die berichteten Kapitalanteile auf Stammaktien. Vorzugsaktien bleiben unberücksichtigt, da sie in der Regel stimmrechtslos sind und allenfalls einen geringen Einfluss auf die Unternehmenspolitik erlauben.

4.2.2 Anteilseigner der „100 Größten“

569. In Tabelle II.12 wird die Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ für das Berichtsjahr 2014, sowie für das Jahr 2012, ausgewiesen. Zu diesem Zweck kategorisiert die Monopolkommission identifizierbare Kapitalanteile von mehr als ein Prozent nach der Art des Anteilseigners. Dabei wird zugeordnet, ob die Kapitalanteile von Anteilseignern aus dem Kreis der „100 Größten“, ausländischen Investoren, der öffentlichen Hand oder Einzelpersonen oder Familien bzw. Familienstiftungen gehalten werden. Kapitalanteile von weniger als ein Prozent werden als Streubesitz eingeordnet. Unter der Kategorie „Sonstige“ werden unter anderem Anteile von Unternehmen außerhalb des Kreises der „100 Größten“ und institutionellen Investoren mit Sitz im Inland, Eigenkapitalanteile von Genossenschaften sowie nicht identifizierbare Beteiligungen erfasst. Kapitalanteile dieser Kategorie werden, soweit erforderlich, in den Anmerkungen zu der Tabelle näher spezifiziert.

570. Zur Vermeidung von Doppelzählungen werden Anteile der öffentlichen Hand nur insoweit ausgewiesen, als es sich nicht um Anteile öffentlicher Unternehmen handelt, die gleichzeitig zum Kreis der „100 Größten“ gehören. Um die Bedeutung der öffentlichen Hand als Eigenkapitalgeber an den „100 Größten“ vollständig zu erfassen, wird in Tabelle II.12 ergänzend der gesamte Anteil des Staates an den entsprechenden Unternehmen in Klammern ausgewiesen. Im Berichtsjahr 2014 betrifft dies die Deutsche Telekom AG, die Deutsche Post AG, die Airbus Group N. V. und die EWE AG. An erstgenannten Unternehmen hielt die KfW Bankengruppe in der aktuellen Periode Kapitalanteile und an der EWE AG die Energie Baden-Würtemberg AG. Eine Zuordnung zu der Kategorie „identifizierte ausländische Investoren“ erfolgt nur insoweit, als Beteiligungen ausländischer Investoren in den vorliegenden Datenquellen explizit ausgewiesen werden, die jeweils ein Prozent übersteigen.

---

[34] Berichtsjahr 2012: Januar 2012.

[35] Hier weicht die Monopolkommission von der Definition der Deutsche Börse AG ab, die kumulierte Kapitalanteile von weniger als fünf Prozent am Grundkapital einer Gesellschaft dem Streubesitz zurechnet.

Tabelle II.12: Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2012 und 2014 nach Gruppen

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unter-nehmen aus den „100“ Größten	Identi-fizierte aus-ländische In-vestoren	Öffent-liche Hand[3]	Einzelperso-nen, Familien (-Stiftungen)	Streu-besitz	Sonstige
1	2014	Volkswagen AG		18,10	20,00	53,10	8,80	
1	2012			18,03	20,00	53,10	8,87	
2	2014	Daimler AG	1,20	25,61			69,69	3,50
2	2012			36,22			62,71	1,07
3	2014	Bayerische Motoren		9,49		46,40	44,11	
5	2012	Werke AG	1,00	9,02		46,29	43,69	
4	2014	Siemens AG	5,33	17,44		6,00	68,19	3,04
3	2012		4,30	12,73		6,00	76,97	
5	2014	Deutsche Telekom AG	17,40	7,98	14,30 (31,70)[a]		60,32	
6	2012		15,00	9,33	16,89 (31,89)[a]		58,78	
6	2014	Deutsche Bahn AG			100,00			
4	2012				100,00			
7	2014	Robert Bosch GmbH				99,40		0,60
8	2012					99,40		0,60
8	2014	Deutsche Post AG	22,27	9,45	(21,00)[a]		67,23	1,05
9	2012		30,27	5,41	(25,50)[a]		64,32	
9	2014	BASF SE	1,46	16,26			82,28	
7	2012		4,17	8,02			86,76	1,05
10	2014	Deutsche Bank AG	1,10	25,84			69,07	3,99
13	2012		4,40	21,40			68,78	5,42
11	2014	RWE AG	1,39	14,07	15,00		69,54	
11	2012		1,24	20,91	15,00		62,85	
12	2014	Bayer AG	1,09	21,90			77,01	
15	2012		2,33	23,20			73,38	1,09
13	2014	Deutsche Lufthansa AG	3,98	22,82			73,20	
10	2012		4,32	31,79			60,72	3,17
14	2014	SAP SE	5,03	7,35		21,60	63,06	2,96
14	2012		4,90	7,38		22,70	62,04	2,98
15	2014	Fresenius SE & Co. KGaA	2,85	16,10		26,72	48,33	6,00
26	2012		7,70	21,35		27,00	37,95	6,00
16	2014	Airbus-Gruppe Deutschland	12,89	34,72	1,71 (10,92)[a]		50,68	

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus den „100“ Größten	Identifizierte ausländische Investoren	Öffentliche Hand[3]	Einzelpersonen, Familien (-Stiftungen)	Streubesitz	Sonstige
19	2012	(Airbus Group N. V.)[4)]	17,54	46,63	(2,76)[a)]		35,83	
17	2014	REWE-Gruppe						100,00[5)]
16	2012	(Rewe Deutscher Supermarkt AG & Co. KGaA)						100,00
18	2014	Continental AG	48,32	9,08			42,60	
18	2012		51,56	15,24			33,20	
19	2014	Schwarz-Gruppe				100,00		
33	2012	(Kaufland und Lidl Stiftung & Co. KG)				100,00		
20	2014	Sanofi-Gruppe Deutschland		100,00				
23	2012	(Sanofi-Aventis Dld. GmbH)		100,00				
21	2014	Metro AG	2,32	24,11		45,78	27,79	
17	2012		2,00	15,66		50,01	30,77	1,56
22	2014	E.ON SE	1,79	32,03	1,89		59,58	4,71
12	2012		3,19	32,83	1,90		57,30	4,78
23	2014	Commerzbank AG		21,13	17,15		61,72	
21	2012		3,00	11,41	25,00		60,59	
24	2014	ZF Friedrichshafen AG			100,00			
25	2012				100,00			
25	2014	Edeka-Gruppe(Edeka						100,00[6)]
-	2012	ZENTRALE AG & Co. KG)						
26	2014	ThyssenKrupp AG	2,11	23,92		23,03	50,94	
22	2012			15,17		25,33	58,42	1,08
27	2014	Allianz SE	1,98	17,72			80,30	
35	2012		1,38	13,98			82,25	2,39
28	2014	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG				100,00		
31	2012	(Nord) und (Süd))				100,00		
29	2014	Bertelsmann				100,00		
28	2012	SE & Co. KGaA				100,00		
30	2014	INA-Holding Schaeffler				100,00		
30	2012	GmbH & Co. KG				100,00		
31	2014	Münchener Rückversicherungs-	1,78	29,96			68,26	
20	2012	Gesellschaft AG	4,09	27,55			67,13	1,23
32	2014	Evonik Industries AG		22,54	67,90		9,56	
24	2012			25,01	74,99			

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unter-nehmen aus den „100“ Größten	Identi-fizierte aus-ländische In-vestoren	Öffent-liche Hand[3]	Einzelperso-nen, Familien (-Stiftungen)	Streu-besitz	Sonstige
33	2014	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel AG)		100,00				
-	2012							
34	2014	Rhön-Klinikum AG	34,95	28,43		11,27	25,35	
38	2012		8,41	26,04		12,50	53,05	
35	2014	KfW Bankengruppe			100,00			
29	2012				100,00			
36	2014	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		100,00				
36	2012			100,00				
37	2014	Asklepios Kliniken GmbH				100,00		
37	2012					100,00		
38	2014	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG				100,00		
40	2012					100,00		
39	2014	DZ Bank AG						100,00[7)]
43	2012							100,00
40	2014	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit Bank AG)		100,00				
39	2012			100,00				
41	2014	Rethmann SE & Co. KG				100,00		
44	2012					100,00		
42	2014	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall GmbH)		100,00				
27	2012			100,00				
43	2014	Otto Group				100,00		
49	2012					100,00		
44	2014	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG AG)		93,63			6,37	
51	2012			93,63			6,37	
45	2014	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungs-management mbH			100,00			
48	2012				100,00			
46	2014	Adolf Würth GmbH & Co. KG				100,00		
60	2012					100,00		
47	2014	Wacker Chemie AG	1,41	6,79		60,85	26,20	4,75
58	2012		1,84	10,01		66,50	16,90	4,75
48	2014	Energie Baden-Württemberg AG			97,92			2,08
32	2012				97,70			2,30

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus den „100“ Größten	Identifizierte ausländische Investoren	Öffentliche Hand[3]	Einzelpersonen, Familien (-Stiftungen)	Streubesitz	Sonstige
49	2014	Salzgitter AG		8,06	26,50		52,34	13,10
53	2012			5,61	26,50		57,89	10,00
50	2014	Sana Kliniken AG	60,40					39,60
65	2012		60,10					39,90
51	2014	E. Merck KG				70,00	30,00	
55	2012	(Merck KGaA)				70,00	30,00	
52	2014	Ford-Gruppe Deutschland		100,00				
-	2012	(Ford-Werke GmbH)						
53	2014	Roche-Gruppe Deutschland		100,00				
52	2012	(Roche Dld. Holding GmbH)		100,00				
54	2014	Henkel AG & Co. KGaA				60,84	39,16	
50	2012					53,28	46,72	
55	2014	Landesbank			100,00			
46	2012	Baden-Württemberg			100,00			
56	2014	Fraport AG	8,45	10,65	51,37		29,53	
59	2012	Frankfurt Airport Services Worldwide	11,38	12,73	51,60		24,29	
57	2014	Deutsche Börse AG		33,89			60,17	5,94
64	2012		5,13	25,15			61,99	7,73
58	2014	Liebherr-International-Gruppe Deutschland		100,00				
57	2012	(Liebherr-International Dld. GmbH)		100,00				
59	2014	BSH Hausgeräte GmbH	100,00					
63	2012		100,00					
60	2014	K+S AG		26,46			73,54	
45	2012		2,60	23,13			74,27	
61	2014	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland		100,00				
61	2012	(Procter & Gamble Germany GmbH)		100,00				
62	2014	Bayerische Landesbank			100,00			
84	2012				100,00			
63	2014	maxingvest AG				100,00		
73	2012					100,00		
64	2014	Carl Zeiss AG				100,00		
70	2012					100,00		

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus den „100“ Größten	Identifizierte ausländische Investoren	Öffentliche Hand[3]	Einzelpersonen, Familien (-Stiftungen)	Streubesitz	Sonstige
65 71	2014 2012	Pricewaterhouse-Coopers AG Wirtschafts-prüfungs-gesellschaft				100,00 100,00		
66 -	2014 2012	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)		100,00				
67 54	2014 2012	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard GmbH)		100,00 100,00				
68 86	2014 2012	KPMG AG Wirtschafts-prüfungsgesellschaft		100,00 100,00				
69 56	2014 2012	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversicherungsverein a.G.)						
70 88	2014 2012	DEKRA SE						100,00 100,00
71 81	2014 2012	AVECO Holding AG				100,00 100,00		
72 87	2014 2012	Linde AG	2,85 4,42	31,50 26,90			65,65 64,68	 4,00
73 77	2014 2012	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)		100,00 100,00				
74 99	2014 2012	Hella KGaA Hueck & Co.				72,30 100,00	27,70	
75 89	2014 2012	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.						
76 79	2014 2012	LANXESS AG	1,91 6,94	22,11 38,33			75,98 54,73	
77 -	2014 2012	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH				33,33		66,67[8)]
78 78	2014 2012	Freudenberg & Co. KG				100,00 100,00		
79 94	2014 2012	Signal-Iduna Gruppe						

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unter-nehmen aus den „100“ Größten	Identi-fizierte aus-ländische In-vestoren	Öffent-liche Hand[3]	Einzelperso-nen, Familien (-Stiftungen)	Streu-besitz	Sonstige
80	2014	DFS Deutsche Flugsiche-rung GmbH			100,00			
85	2012				100,00			
81	2014	Stadtwerke Köln GmbH			100,00			
83	2012				100,00			
82	2014	ProSiebenSat.1 Media AG	3,85	37,85			55,70	2,60
-	2012							
83	2014	Total-Gruppe Deutsch-land (TOTAL Dld. GmbH)		100,00				
42	2012			100,00				
84	2014	Dr. August Oetker KG				100,00		
95	2012					100,00		
85	2014	Ernst & Young-Gruppe Deutschland (Ernst & Young GmbH Wirtschafts-prüfungsge-sellschaft)				100,00		
-	2012							
86	2014	B. Braun Melsungen AG				100,00		
96	2012					100,00		
87	2014	EWE AG	26,00		74,00 (100,00)[b)]			
74	2012		26,00		74,00 (100,00)[b)]			
88	2014	H & M Hennes & Mau-ritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mau-ritz B.V. & Co. KG)		100,00				
90	2012			100,00				
89	2014	Voith GmbH				100,00		
76	2012					100,00		
90	2014	HUK-COBURG (Haft-pflicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G.)						
-	2012							
91	2014	Stadtwerke München GmbH			100,00			
75	2012				100,00			
92	2014	Norddeutsche Landes-bank Girozentrale			100,00			
-	2012							
93	2014	Bilfinger SE	2,49	42,46			46,72	8,33
69	2012		9,30	33,93			45,53	11,24

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus den „100“ Größten	Identifizierte ausländische Investoren	Öffentliche Hand[3]	Einzelpersonen, Familien (-Stiftungen)	Streubesitz	Sonstige
94	2014	Miele & Cie. KG				100,00		
97	2012					100,00		
95	2014	Axel Springer SE				59,80	40,20	
82	2012					59,80	40,00	0,20
96	2014	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (Rolls-Royce Power Systems AG)		100,00				
-	2012							
97	2014	Rheinmetall AG		37,84			59,15	3,01
80	2012		4,70	38,72			52,18	4,40
98	2014	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Dld. AG)		100,00				
72	2012			100,00				
99	2014	Krones AG	2,81	9,58		51,67	28,86	7,08
-	2012							
100	2014	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (Kühne + Nagel (AG & Co.) KG)		100,00				
-	2012							
-	2014	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)						
34	2012			100,00				
-	2014	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)						
41	2012			100,00				
-	2014	HSH Nordbank AG						
62	2012			9,31	90,69			
-	2014	BP-Gruppe Deutschland (BP Europa SE)						
66	2012			100,00				
-	2014	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)						
67	2012			100,00				
-	2014	Shell-Gruppe Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)						
68	2012			100,00				
-	2014	Landesbank Berlin AG						
92	2012				100,00			
-	2014	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis Dld. GmbH)						
93	2012			100,00				
-	2014							

Rang[1]	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus den „100" Größten	Identifizierte ausländische Investoren	Öffentliche Hand[3]	Einzelpersonen, Familien (-Stiftungen)	Streubesitz	Sonstige
98	2012	Philips-Gruppe Deutschland (Philips Dld. GmbH)		100,00				
-	2014	GEA Group AG						
100	2012		6,09	26,21			67,70	

1 In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten". Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1

2 Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet

3 Der Wert in Klammern entspricht dem Anteil der öffentlichen Hand insgesamt, einschließlich der Anteile, die über die
a) KfW Bankengruppe,
b) Energie Baden-Württemberg AG
gehalten werden

4 Die Kapitalanteile für das Berichtsjahr 2014 wurden, sofern dort angegeben, dem Registrierungsdokument der Airbus Group N. V. entnommen

5 Genossenschaften. Die REWE Deutscher Supermarkt AG & Co. KGaA ist mittelbares Tochterunternehmen der REWE-Zentralfinanz e.G.

6 Genossenschaften. Komplementär ist die Edeka Aktiengesellschaft, Hamburg

7 Genossenschaftliche Unternehmen: 96,5 Prozent

8 Anteile mittelbar gehalten durch die gemeinnützige DM-Werner Stiftung

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis Europe All Companies" des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: Dezember 2014 bzw. Januar 2012) sowie veröffentlichter Geschäftsberichte

571. Die in der Debeka-Gruppe, dem HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G. und der Signal-Iduna Gruppe organisierten Versicherungsunternehmen sowie die HUK-COBURG weisen als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile auf. Das Eigenkapital eines Versicherungsvereins ist allein aus den versteuerten Unternehmensgewinnen und Beiträgen der Mitglieder zu bilden. Die Struktur seiner Anteilseigner ist daher nicht in mit Unternehmen anderer Rechtsformen vergleichbarer Weise darstellbar.

572. Neben einer Änderung der Firma kam es bei Airbus[36] im Berichtszeitraum auch zu einer umfassenden Umstrukturierung der Kapitalanteile durch die Kernaktionäre, die eigenen Angaben zufolge auf eine weitere Normalisierung und Vereinfachung der Führungsstruktur des Unternehmens abzielte. In diesem Zuge erhöhte der deutsche Staat seine Anteile am Unternehmen gemäß Aktionärsvertrag auf 10,92 Prozent, während der französische Staat die eigenen Anteile auf 10,94 Prozent absenkte. Gleichzeitig verkaufte die Daimler AG einen Großteil ihrer Anteile am Unternehmen, sodass sich der Streubesitz von 35,83 Prozent im Jahr 2012 auf 50,68 Prozent im Jahr 2014 erhöhte. Ebenfalls zu einer grundlegenden Änderung der Eigentümerstruktur kam es bei der Hella KGaA Hueck & Co., die sich im Berichtsjahr 2012 noch vollständig im Familienbesitz befand. Nachdem Hella KGaA Hueck & Co. am 11. November 2014 an die Börse gegangen ist, befanden sich zum Ende des Geschäftsjahres 2014/15 laut Geschäftsbericht 27,7 Prozent der Anteile im Streubesitz.

573. Bei der Rhön-Klinikum AG ist es im Berichtszeitraum ebenfalls zu erheblichen Verschiebungen der Anteilseignerstruktur gekommen. Bereits am 18. Mai 2012 hatte die Fresenius SE & Co. KGaA, mit seinem Tochterunternehmen Helios, das wie die Rhön-Klinikum AG als Betreiber von Krankenhäusern tätig ist, den Aktionären der Rhön-Klinikum AG ein Übernahmeangebot gemacht. Kurz vor Ablauf der Annahmefrist gab die Rhön-Klinikum AG am 26. Juni 2012 bekannt, dass die Asklepios Kliniken GmbH Stimmrechtsanteile von mehr als fünf Prozent an der Rhön-Klinikum AG

36 Vor Umfirmierung: EADS.

erworben hatte. Die Übernahme durch die Fresenius SE & Co. KGaA scheiterte und der Krankenhausausstatter B. Braun Melsungen AG erwarb im Berichtszeitraum Anteile von mehr als fünf Prozent an der Rhön-Klinikum AG. Am 16 Juni 2014 wurde schließlich der Vollzug des Verkaufs von 40 Kliniken und 13 medizinische Versorgungszentren der Rhön-Klinikum AG an ein Tochterunternehmen der Fresenius SE & Co. KGaA gemeldet. Die Rhön-Klinikum AG nutzte den Großteil des Transaktionserlöses laut Geschäftsbericht für einen Aktienrückkauf, um das Eigenkapital an den veränderten Unternehmenszuschnitt anzupassen.

Tabelle II.13: Aufschlüsselung der hundert größten Unternehmen 2012 und 2014 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse

Beteiligungsverhältnis	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (in %)		Durschnittliche Wertschöpfung (in Mio. EUR)	
	2012	2014	2012	2014	2012	2014
Mehrheit im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“	0	0	0	0	0	0
Mehrheit im Besitz identifizierter Ausländischer Investoren	21	19	10,8	9,0	1.492	1.443
Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand	15	14	12,0	10,3	2.307	2.250
Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	26	27	24,4	25,4	2.717	2.867
Über 50 % Streubesitz	23	23	39,6	38,9	4.975	5.152
Sonstiger Mehrheitsbesitz	8	9	4,2	5,2	1.511	1.751
Ohne Mehrheitsbesitz	7	8	9,1	11,1	3.744	4.235
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.893	3.045

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: Dezember 2014 bzw. Januar 2012) sowie veröffentlichter Geschäftsberichte

574. Die Ergebnisse der Tabelle II. 12 werden in Tabelle II. 13 zusammengefasst, indem ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ der Anteilseignerkategorie zugeordnet wird, in die zum Stichtag mindestens 50 Prozent der Anteile entfielen. Entsprechend kann auch der Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ ausgewiesen werden, der auf die jeweilige Art des Beteiligungsverhältnisses entfällt. Zusätzlich wird die durchschnittliche Wertschöpfung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgewiesen, die der entsprechenden Anteilseignerkategorie angehören.

575. Wie bereits im Berichtsjahr 2012 befindet sich auch im Berichtsjahr 2014 keines der Unternehmen aus der Kreis der „100 Größten“ mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus diesem Kreis.[37] Allerdings bleibt eine Zuordnung zu dieser Kategorie aus, wenn mehrere Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ gemeinsam mehr als 50 Prozent der Anteile halten. Dies traf im Berichtsjahr 2014 für die Sana Kliniken AG (gemeinsamer Anteil der Mün-

[37] Befindet sich ein Unternehmen mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens wird es gemäß § 290 HGB in der Regel in dessen Konzernabschluss einbezogen und von der Monopolkommission nicht gesondert betrachtet. Nach § 296 HGB kann das Mutterunternehmen jedoch darauf verzichten ein Tochterunternehmen in den Konzernabschluss einzubeziehen, wenn es beispielsweise dessen Anteile ausschließlich zum Zwecke der Weiterveräußerung hält (§ 296 Abs. 1 Nr. 3 HGB). Daher können in dem Kreis der „100 Größten“ Unternehmen gesondert ausgewiesen sein, die sich mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus diesem Kreis befinden.

chener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, der Signal-Iduna Gruppe, der Allianz SE und der Debeka-Gruppe: 60,4 Prozent) sowie die BSH Hausgeräte GmbH (gemeinsamer Anteil der Robert Bosch GmbH und der Siemens AG: 100 Prozent) zu. Ebenfalls unverändert blieb die Anzahl der Unternehmen, die sich mehrheitlich im Streubesitz befanden. 23 Unternehmen waren dieser Kategorie zuzuordnen.

576. In den Kategorien Mehrheit im Besitz identifizierter ausländischer Investoren, Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand, Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, sonstiger Mehrheitsbesitz, sowie ohne Mehrheitsbesitz kam es zu leichten Verschiebungen. So ist die Anzahl an Unternehmen, die sich mehrheitlich im Besitz identifizierter ausländischer Investoren befinden, von 21 im Berichtsjahr 2012 auf 19 im Berichtsjahr 2014 gesunken und auch die Anzahl der Unternehmen, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand kontrolliert werden, ist von 15 Unternehmen im Jahr 2012 auf 14 Unternehmen im Jahr 2014 gesunken. Um jeweils ein Unternehmen gestiegen ist dagegen die Anzahl der Unternehmen, die einer der übrigen Kategorien zuzuordnen waren. So stieg die Anzahl der Unternehmen, deren Anteile sich mehrheitlich im Besitz von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen befanden, von 26 auf 27 Unternehmen und derjenigen Unternehmen, die der Kategorie „Sonstiger Mehrheitsbesitz" zuzuordnen waren, von 8 auf 9 Unternehmen. Die Gruppe der Unternehmen, deren Anteile nicht mehrheitlich durch Anteilseigner derselben Kategorie gehalten wurden, wuchs von 7 auf 8 Unternehmen.

577. Unternehmen, deren Anteile sich mehrheitlich im Streubesitz befinden, erzielen, wie im Berichtsjahr 2012, die größte durchschnittliche Wertschöpfung. Ihr Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten" sank jedoch geringfügig um 0,7 Prozentpunkte gegenüber dem Berichtsjahr 2012 und liegt im Berichtsjahr 2014 damit bei 38,9 Prozent. Dagegen ist der Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten" durch Unternehmen, welche mehrheitlich in Familien(-stiftungs-) oder Einzelbesitz von Personen waren, um ein Prozentpunkt auf 25,4 Prozent gestiegen. Die Unternehmen dieser Kategorie tragen damit nach den sich mehrheitlich im Streubesitz befindlichen Unternehmen am stärksten zur Wertschöpfung der „100 Größten" bei. Unternehmen, die sich mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand befinden, tragen im Berichtsjahr 2014 mit 10,3 Prozent 1,7 Prozentpunkte weniger zur Wertschöpfung der hundert größten Unternehmen bei als noch im Berichtsjahr 2012.

4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten"

578. Die Monopolkommission weist zusätzlich zur Struktur der Anteilseigner der „100 Größten" die Kapitalverflechtungen zwischen diesen Großunternehmen aus. Tabelle II.14 führt die Kapitalanteile einzelner Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" an anderen Unternehmen aus diesem Kreis für die Jahre 2012 und 2014 auf. Kapitalbeteiligungen von Unternehmen aus dem Untersuchungskreis an ausländischen Konzernobergesellschaften wurden im Rahmen der Untersuchung nicht berücksichtigt.[38]

Tabelle II.14: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten" 2012 und 2014

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang[1]		Unternehmen	Rang[1]		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2014	2012		2014	2012		2014	2012
2	2	Daimler AG	16	19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus Group N. V.)	3,68	14,78
4	3	Siemens AG	59	63	BSH Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
7	8	Robert Bosch GmbH	59	63	BSH Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
10	13	Deutsche Bank AG	2	2	Daimler AG	1,20	-
			4	3	Siemens AG	1,04	-
			8	9	Deutsche Post AG	1,27	2,77
			9	7	BASF SE	1,46	1,83

---

[38] Eine Ausnahme stellt die Airbus Group N. V., Amsterdam dar, an der die Daimler AG und die KfW Bankengruppe 3,68 Prozent bzw. 9,21 Prozent der Stimmrechte halten.

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang[1]		Unternehmen	Rang[1]		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2014	2012		2014	2012		2014	2012
			12	15	Bayer AG	1,09	1,26
			13	10	Deutsche Lufthansa AG	1,21	-
			14	14	SAP SE	3,73	3,73
			15	26	Fresenius SE & Co. KGaA	1,66	1,75
			18	18	Continental AG	1,24	1,66
			22	12	E.ON SE	-	1,39
			27	35	Allianz SE	1,98	1,38
			31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	-	1,20
			34	38	Rhön-Klinikum AG	-	2,01
			56	59	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	-	1,46
			57	64	Deutsche Börse AG	-	3,60
			60	45	K+S AG	-	1,31
			72	87	Linde AG	1,79	2,85
			76	79	LANXESS AG	-	3,79
			82	-	ProSiebenSat.1 Media AG	1,60	-
			93	69	Bilfinger SE	2,49	4,06
			97	80	Rheinmetall AG	-	3,16
			99	-	Krones AG	1,79	-
			-	100	GEA Group AG	-	3,05
13	10	Deutsche Lufthansa AG	56	59	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	8,45	9,92
23	21	Commerzbank AG	10	13	Deutsche Bank AG	1,10	1,40
			11	11	RWE AG	1,39	1,24
			13	10	Deutsche Lufthansa AG	2,77	4,32
			21	17	Metro AG	2,32	2,00
			26	22	ThyssenKrupp AG	2,11	-
			31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	-	1,29
27	35	Allianz SE	3	5	Bayerische Motoren Werke AG	-	1,00
			4	3	Siemens AG	3,00	3,00
			9	7	BASF SE	-	2,34
			12	15	Bayer AG	-	1,07
			14	14	SAP SE	1,30	1,17
			15	26	Fresenius SE & Co. KGaA	1,19	5,95
			18	18	Continental AG	1,08	-
			22	12	E.ON SE	1,79	1,80
			23	21	Commerzbank AG	-	3,00
			31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,78	1,60
			34	38	Rhön-Klinikum AG	1,69	1,39
			47	58	Wacker Chemie AG	1,41	1,84
			50	65	Sana Kliniken AG	13,90	13,80
			57	64	Deutsche Börse AG	-	1,53
			60	45	K+S AG	-	1,29
			72	87	Linde AG	1,06	1,57
			76	79	LANXESS AG	1,91	3,15
			82	-	ProSiebenSat.1 Media AG	2,25	-

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang[1]		Unternehmen	Rang[1]		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2014	2012		2014	2012		2014	2012
			93	69	Bilfinger SE	-	5,24
			97	80	Rheinmetall AG	-	1,54
			99	-	Krones AG	1,02	-
			-	100	GEA Group AG	-	3,04
30	30	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	18	18	Continental AG	46,00	49,90
31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	4	3	Siemens AG	1,29	1,30
			50	65	Sana Kliniken AG	21,70	21,70
35	29	KfW Bankengruppe	5	6	Deutsche Telekom AG	17,40	15,00
			8	9	Deutsche Post AG	21,00	25,50
			16	19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus Group N. V.)	9,21	2,76
37	37	Asklepios Kliniken GmbH	34	38	Rhön-Klinikum AG	15,25	5,01
48	32	Energie Baden-Württemberg AG	87	74	EWE AG	26,00	26,00
69	56	Debeka-Gruppe	50	65	Sana Kliniken AG	10,20	10,10
79	94	Signal-Iduna Gruppe	50	65	Sana Kliniken AG	14,60	14,50
86	96	B. Braun Melsungen AG	34	38	Rhön-Klinikum AG	18,01	-
-	67	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	8	9	Deutsche Post AG	-	2,00
			10	13	Deutsche Bank AG	-	3,00

[1] In Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“

[2] Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet. In Fällen, in denen anstelle eines Kapitalanteils ein Strich erscheint, wurde die Beteiligung aufgrund des Ein- bzw. Austritts aus dem Kreis der „100 Größten“ nicht verfolgt oder keine Beteiligung identifiziert, die ein Prozent übersteigt

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: Dezember 2014 bzw. Januar 2012) sowie veröffentlichter Geschäftsberichte

579. Bezüglich der Kapitalverflechtungen zwischen den größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland sind im Berichtsjahr 2014 gegenüber dem Berichtsjahr 2012 nur wenige Änderungen festzustellen. Da die AXA-Gruppe Deutschland im Berichtsjahr 2014 nicht mehr im Kreis der hundert größten Unternehmen vertreten ist, wurden ihre Beteiligungen an der Deutsche Post AG und der Deutsche Bahn AG nicht weiterverfolgt. Weiterhin stieg die Beteiligung der Asklepios Kliniken GmbH an der Rhön-Klinikum AG deutlich von 5,01 Prozent auf 15,25 Prozent. Die B. Braun Melsungen AG war im Dezember 2014 mit einem Anteil von 18,01 Prozent ebenfalls an der Rhön-Klinikum AG beteiligt.[39] Darüber hinaus spiegelt sich auch die Umstrukturierung bei der Airbus Group N. V. in den Beteiligungsverhältnissen wieder. So sank die Beteiligung der Daimler AG deutlich von 14,78 Prozent auf 3,68 Prozent, während diejenige der KfW-Bankengruppe von 2,76 Prozent auf 9,21 Prozent anstieg.[40]

---

[39] Vgl. auch Tz. 573.

[40] Vgl. auch Tz. 572.

580. Wie im Berichtsjahr 2012 hielten auch im Berichtsjahr 2014 die Deutsche Bank AG sowie die Allianz SE mit 14 bzw. 13 Beteiligungsfällen die größte Anzahl an Beteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten", gefolgt von der Commerzbank AG mit Beteiligungen an fünf Unternehmen aus diesem Kreis. Gegenüber dem Berichtsjahr 2012 ist die Anzahl an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten", an denen die Deutsche Bank AG beteiligt ist, um vier Unternehmen gesunken. Die Allianz SE ist an sechs Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" weniger beteiligt als noch im Jahr 2012. Sowohl die Deutsche Bank AG wie auch die Allianz SE waren im Jahr 2012 an der GEA Group AG beteiligt, deren Anteilseigner aufgrund ihres Ausscheidens aus den „100 Größten" nicht weiterverfolgt wurden. Demgegenüber wurden bei beiden Unternehmen Beteiligungen an der ProSiebenSat.1 Media AG und der Krones AG aufgrund des Eintritts dieser Unternehmen in der Kreis der „100 Größten" neu erfasst.

581. Insgesamt waren im Dezember 2014 38 der hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland über Kapitalanteile mit mindestens einem der anderen Unternehmen aus diesem Kreis verflochten. Die Anzahl der Anteilseigner von Beteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" belief sich auf 15 Unternehmen. Diese 15 Unternehmen hielten insgesamt 47 Beteiligungen an 29 Beteiligungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten". Gegenüber dem Berichtsjahr 2012 sind diese Größen, mit Ausnahme der Anzahl an Anteilseignern, welche unverändert blieb, somit gesunken.[41] Die langfristige Entwicklung der Kapitalverflechtungen der hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum von 1978 bis 2014 ist in Abbildung II.9 dargestellt.

582. Abbildung II.9 veranschaulicht ergänzend die Entwicklung der Interdependenz zwischen den hundert größten Unternehmen als Indikator für die Stärke der Kapitalverflechtungen in den Berichtsjahren 1978 bis 2014. Der Interdependenzgrad misst den Anteil der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten", der durch Kapitalbeteiligungen von Unternehmen aus diesem Kreis kontrolliert wird. Ein Wert von 100 Prozent würde sich ergeben, wenn jedes Unternehmen aus dem Berichtskreis zu 100 Prozent einem oder mehreren anderen Unternehmen aus diesem Kreis gehört.[42] Im Berichtsjahr 2014 entsprach der Interdependenzgrad 4,0 Prozent und ist damit gegenüber dem Berichtsjahr 2012 um 0,6 Prozentpunkte gesunken.

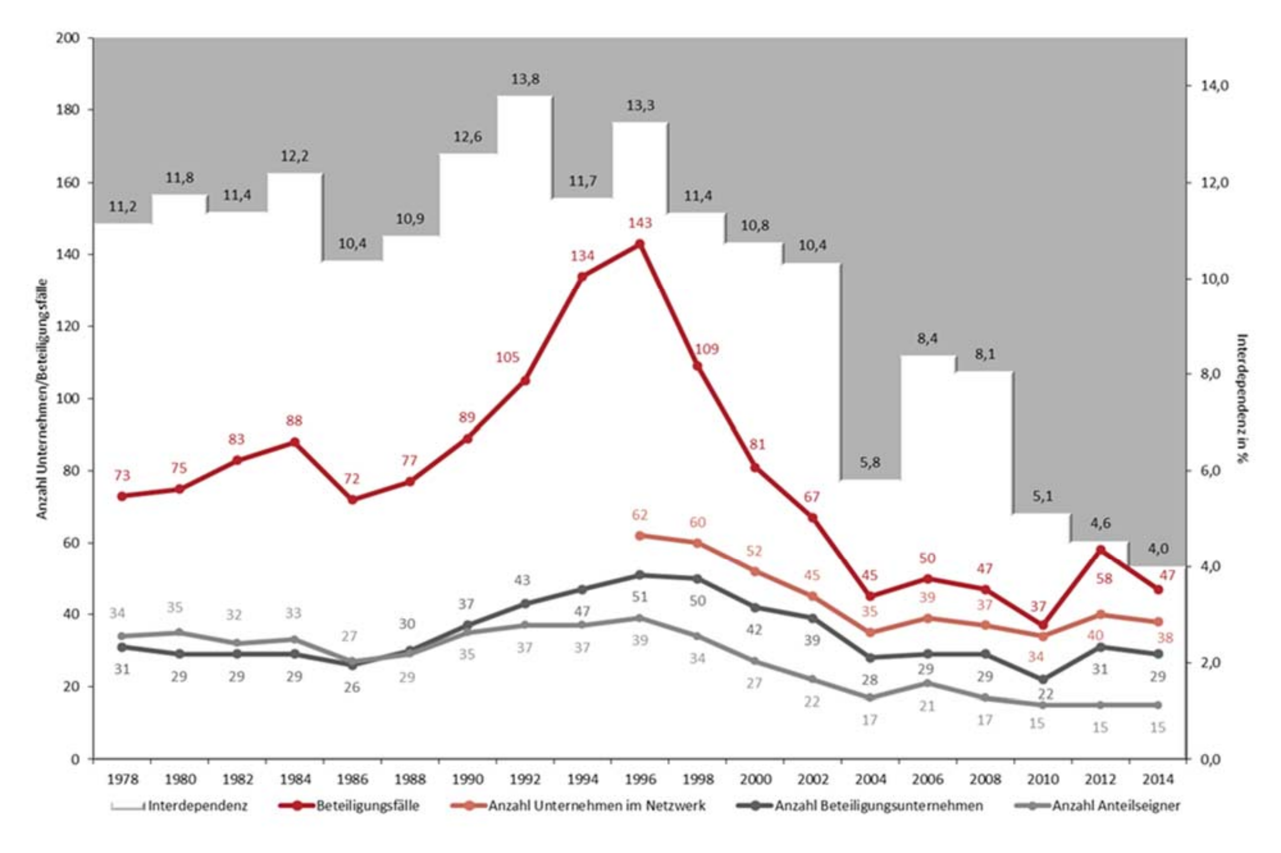
583. Bei der Interpretation des Interdependenzgrades ist zu berücksichtigen, dass dieser aufgrund des unbalancierten Charakters der Zeitreihe im Zeitablauf erheblichen Schwankungen unterliegen kann. So ist der geringe Anteil im Jahr 2004 vorrangig auf das vorübergehende Ausscheiden der KfW Bankengruppe aus dem Untersuchungskreis zurückzuführen. Mit Ausnahme des Jahres 2006 ist seit dem Jahr 1994 ein abnehmender Interpendenzgrad zu beobachten. Diese Entwicklung setzt sich im Berichtsjahr 2014 fort. Von einem abnehmenden Verflechtungsgrad kann jedoch nicht direkt auf eine Verringerung der Konzentration geschlossen werden, da Unternehmensübernahmen und Fusionen ebenfalls zu einer Verringerung des Interdependenzgrades führen können. Entsprechende Vorgänge konnten in den vergangenen Jahren unter anderem in den Branchen Energiewirtschaft, Finanzdienstleistungen und zuletzt der Automobilwirtschaft beobachtet werden. Weiterhin ist festzuhalten, dass die identifizierten Kapitalbeteiligungen der großen deutschen Finanzdienstleister häufig mittelbar durch Fondgesellschaften gehalten werden und zumeist nur geringe Stimmrechte aufweisen.

---

[41] Bei den Angaben für das Berichtsjahr 2012 handelt es sich um aktualisierte Werte.

[42] Rechnerisch entspricht der Interdependenzgrad dem Anteil der Summe der mit den entsprechenden Kapitalanteilen gewichteten Wertschöpfungsbeträgen aller Beteiligungsunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten".

Abbildung II.9: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten" im Zeitraum von 1978 bis 2014



Anmerkungen: Berichtsjahr 2012: Aktualisierte Werte für die Anzahl der Anteilseigner, Beteiligungsunternehmen sowie Unternehmen im Netzwerk. Da mit dem Berichtsjahr 2012 eine Umstellung der Datengrundlage erfolgte, sind die Werte ab dem Berichtjahr 2012 nicht vollständig mit denjenigen der Vorjahre vergleichbar. Die Interdependenz gibt an, wie groß der Anteil der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten" ist, an dem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" über Kapitalbeteiligungen beteiligt sind (vgl. Tz. 582 f.). Die Anzahl an Beteiligungsfällen gibt die Anzahl an Unternehmensverbindungen über Kapitalbeteiligungen an. Als Beteiligungsunternehmen wird ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" erfasst, wenn ein anderes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" eine Kapitalbeteiligung an diesem Unternehmen hält, die ein Prozent übersteigt. Als Anteilseigner wird ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" erfasst, das an einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" eine Kapitalbeteiligung hält, die ein Prozent übersteigt. Als Netzwerkunternehmen wird ein Unternehmen erfasst, wenn es ein Beteiligungsunternehmen, Anteilseigner oder beides ist

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

4.3 Personelle Verflechtungen

4.3.1 Methodische Vorbemerkungen

584. Für die Untersuchung der personellen Unternehmensverflechtungen stützt sich die Monopolkommission vorrangig auf Angaben in den publizierten Geschäftsberichten der „100 Größten". Veröffentlichten Unternehmen keinen Geschäftsbericht und konnten aus alternativen Quellen ebenfalls keine Informationen über die Besetzung der Geschäftsführungs- und Kontrollgremien gewonnen werden, wurden die betroffenen Unternehmen aus der Analyse der personellen Verflechtungen ausgeschlossen. Im Berichtsjahr 2014 konnten für 97 Unternehmen aus dem Untersuchungskreis die erforderlichen Daten ermittelt werden (2010: 97 Unternehmen).

585. Eine personelle Verflechtung wird in der folgenden Untersuchung ausgewiesen, wenn eine Person gleichzeitig dem Geschäftsführungsgremium (bzw. Vorstand) und einem Kontrollgremium (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Vermittlungsausschuss, Unternehmensrat etc.) von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" angehört. Zudem berücksichtigt die Monopolkommission Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien von zwei oder mehr Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten".

586. Die Befugnisse der betrachteten Kontrollgremien können sich in Abhängigkeit von der Rechtsform und den Gesellschaftsverträgen der Unternehmen unterscheiden. Entsprechend der Zielsetzung der Analyse wird jedoch nicht auf die Überwachungsbefugnisse der Kontrollgremien abgestellt, sondern auf ihre Eignung, auf hoher hierarchischer Ebene Kontakte zwischen Unternehmen herzustellen. Aus diesem Grund werden die Unternehmen ungeachtet der unterschiedlichen Kompetenzen in die Untersuchung der personellen Verbindungen einbezogen.

587. Zur Aufschlüsselung der Kontrollgremien nach Gruppen von Mandatsträgern wurde zunächst zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern unterschieden. Die Mandatsträger in den Kontrollgremien wurden zudem den Kategorien „Geschäftsführungsmitglied eines anderen Unternehmens aus dem Untersuchungskreis", „Repräsentant einer Bank bzw. einer Versicherung aus dem Kreis der 100 größten Unternehmen", „Gewerkschaftsvertreter", „Angestellter des Unternehmens" und „Vertreter der öffentlichen Hand" zugeordnet. In der Gruppe „Gewerkschaftsvertreter" werden Organisationsvertreter erfasst, die aufgrund der Mitbestimmungsgesetzgebung von der Gewerkschaft vorgeschlagen werden. In der Kategorie „Vertreter staatlicher Institutionen" werden die im Untersuchungszeitraum aktiven sowie ehemaligen politischen Entscheidungsträgern auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene berücksichtigt.

4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten"

588. Tabelle II.15 stellt die personellen Verflechtungen der hundert größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Unternehmen aus diesem Kreis dar. Die Auswertung wird an dieser Stelle zunächst auf Unternehmensebene vorgenommen. So wurde für jedes[43] Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" erfasst, in wie viele Kontrollgremien anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" das betrachtete Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung als Mandatsträger entsandt hat. Die Anzahl dieser Verflechtungen wird in den Spalten vier (Berichtsjahr 2014) und fünf (Berichtsjahr 2012) angegeben. Umgekehrt wurde ermittelt, aus wie vielen weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" das betrachtete Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung als Mandatsträger im eigenen Kontrollgremium empfangen hat. Die Anzahl dieser Unternehmen wird in den Spalten sechs (Berichtsjahr 2014) und sieben (Berichtsjahr 2012) berichtet. Schließlich wurde untersucht, mit wie vielen weiteren Unternehmen das betrachtete Unternehmen über sonstige Mandatsträger in seinem Kontrollgremium verflochten ist. Die Anzahl dieser Unternehmen ist in den Spalten acht (Berichtsjahr 2014) und neun (Berichtsjahr 2012) angegeben.

Tabelle II.15: Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2012 und 2014

Rang[1]		Unternehmen[2] (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
			... in deren Kontrollgremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben[3]		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollgremien personell verflochten ist	
2014	2012		2014	2012	2014	2012	2014	2012
1	1	Volkswagen AG	1	2			2	4
2	2	Daimler AG	2	3	1		10	9
3	5	Bayerische Motoren Werke AG			1	1	11	10
4	3	Siemens AG	2	3	1 (1)	1 (1)	12	9
5	6	Deutsche Telekom AG	1	1	1 (1)	1 (1)	7	13
6	4	Deutsche Bahn AG					3	3
7	8	Robert Bosch GmbH	2	2			8	6
8	9	Deutsche Post AG			3 (1)	2 (1)	6	6

[43] Im Berichtsjahr 2014 konnten für 97 der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" die erforderlichen Daten ermittelt werden. Unternehmen, für die keine personellen Verflechtungen in den Berichtsjahren 2012 und 2014 festgestellt wurden, werden in Tabelle II.15 nicht aufgeführt.

Rang[1]		Unternehmen[2] (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
			... in deren Kontrollgremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben[3]		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollgremien personell verflochten ist	
2014	2012		2014	2012	2014	2012	2014	2012
9	7	BASF SE			2 (1)	2 (1)	6	6
10	13	Deutsche Bank AG	2	1	1	2	8	12
11	11	RWE AG			1	1	8	7
12	15	Bayer AG			1		10	8
13	10	Deutsche Lufthansa AG	3	2	1	1	8	6
14	14	SAP SE		1			4	2
15	26	Fresenius SE & Co. KGaA					3	3
16	19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus Group N. V.)				1	6	2
18	18	Continental AG			2 (1)	2	5	5
21	17	Metro AG			1 (1)	1 (1)	7	7
22	12	E.ON SE	2	3		1	6	10
23	21	Commerzbank AG	1	1	1 (1)	2 (1)	6	7
24	25	ZF Friedrichshafen AG					2	1
26	22	ThyssenKrupp AG			1		8	8
27	35	Allianz SE	3	3			9	8
29	28	Bertelsmann SE & Co. KGaA	1	1	4	4	7	8
30	30	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1	1			4	6
31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1	1		1	10	6
32	24	Evonik Industries AG					3	6
34	38	Rhön-Klinikum AG					2	1
35	29	KfW Bankengruppe	3	3		1 (1)	7	7
37	37	Asklepios Kliniken GmbH					1	
39	43	DZ Bank AG	1					
40	39	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit Bank AG)						1
42	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall GmbH)					1	3
43	49	Otto Group	1					1
45	48	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungs-management mbH		1			1	1
46	60	Adolf Würth GmbH & Co. KG			1 (1)			
47	58	Wacker Chemie AG	1	1			1	4
48	32	Energie Baden-Württemberg AG	1	1	1	1		2
49	53	Salzgitter AG			2 (1)	2	3	1
50	65	Sana Kliniken AG			2 (2)	2 (2)		
51	55	E. Merck KG (Merck KGaA)	3	2	1		3	3

Rang[1]		Unternehmen[2] (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
			... in deren Kontrollgremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben[3]		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollgremien personell verflochten ist	
2014	2012		2014	2012	2014	2012	2014	2012
52	-	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)		-		-	1	-
53	52	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Dld. Holding GmbH)						2
54	50	Henkel AG & Co. KGaA	1	1	1	1	6	5
55	46	Landesbank Baden-Württemberg					1	3
56	59	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1	1		1	4	6
57	64	Deutsche Börse AG					4	4
59	63	BSH Hausgeräte GmbH			2	2		
60	45	K+S AG	1				2	3
62	84	Bayerische Landesbank					1	1
63	73	maxingvest AG					1	1
64	70	Carl Zeiss AG	1	1			2	4
66	-	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)		-		-	3	-
69	56	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungsverein a.G.)	1	1				
70	88	DEKRA SE			2 (1)	1		1
71	81	AVECO Holding AG					1	1
72	87	Linde AG	1	1	1 (1)	1 (1)	10	8
73	77	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)			1 (1)	1 (1)	1	2
75	89	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. (Talanx AG)			2		3	10
76	79	LANXESS AG			1		3	4
78	78	Freudenberg & Co. KG					2	6
79	94	Signal-Iduna Gruppe (Signal Krankenversicherungs a.G.)	1	1			1	
80	85	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH			1 (1)	1 (1)	2	2
82	-	ProSiebenSat.1 Media AG	1	-		-	2	-
83	42	Total-Gruppe Deutschland (TOTAL S.A.)					3	
84	95	Dr. August Oetker KG			2	1	2	4
86	96	B. Braun Melsungen AG			1	1	3	1
87	74	EWE AG			1	1		
89	76	Voith GmbH	2	1			9	8
90	-	HUK-COBURG (Haftpflicht-Unterstützungs-	1	-		-		-

Rang[1]		Unternehmen[2] (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
			... in deren Kontrollgremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben[3]		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollgremien personell verflochten ist	
2014	2012		2014	2012	2014	2012	2014	2012
		Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G.)						
92	-	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	2	-		-	2	-
93	69	Bilfinger SE						4
95	82	Axel Springer SE					4	5
97	80	Rheinmetall AG					1	1
98	72	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Dld. AG)					5	6
99	-	Krones AG		-		-	2	-
100	-	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (Kühne + Nagel International AG)		-	1 (1)	-	1	-
-	62	HSH Nordbank AG	-		-	1	-	1
-	67	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)	-		-		-	2
-	92	Landesbank Berlin AG	-	1	-		-	3
-	93	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis Dld. GmbH)	-		-		-	4
-	100	GEA Group AG	-		-		-	4
		Summe Verbindungen	45	41[4)]	45 (16)	41[4)] (12)	140	154[4)]
		Anzahl Unternehmen	30	27[4)]	32 (15)	30[4)] (11)	64	66[4)]

1 In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“

2 Unternehmen, für die in keinem der Jahre 2012 und 2014 zumindest eine Verbindung festgestellt wurde, werden in der Tabelle nicht aufgelistet. Die Aufsichtsgremien von Gruppen wurden aus den in Klammern aufgeführten Unternehmen erfasst. Zu Anmerkungen, die Umfirmierung und Umstrukturierung von Unternehmen oder Konzernen betreffen; vgl. die Fußnoten zu Tabelle I.1

3 Die Zahl in Klammern gibt die Anzahl von Banken und Versicherungen an, die in der erstgenannten Zahl enthalten sind

4 Im Berichtsjahr 2014 wurden die Regionalgesellschaften sowie die Edeka Zentrale AG & Co. KG erstmalig gemeinsam als Edeka-Gruppe erfasst. Da im Berichtsjahr 2012 sowohl die Edeka Zentrale AG & Co. KG wie auch die Edeka Minden eG zum Kreis der „100 Größten“ zählten, wurden im Berichtsjahr 2012 personelle Verflechtungen erfasst, die im Berichtjahr 2014 für das Jahr 2012 nicht mehr ausgewiesen wurden

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

589. Im Berichtsjahr 2014 entsandten 30 Unternehmen (2012: 27 Unternehmen)[44] mindestens ein Mitglied der Geschäftsführung in die Kontrollgremien eines oder mehrerer Unternehmen aus dem Untersuchungskreis. Diese Mehrfachmandatsträger besetzten Mandate in den Kontrollgremien von 32 Unternehmen (2012: 30 Unternehmen)[45] innerhalb des Kreises der „100 Größten“. Die Diskrepanz zwischen entsendenden und empfangenden Unternehmen, war in vergangenen Berichtsjahren deutlich stärker zu beobachten und darauf zurückzuführen, dass insbesondere

44 Bei getrennter Erfassung von Edeka Minden eG und Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2012: 28 Unternehmen.

45 Bei getrennter Erfassung von Edeka Minden eG und Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2012: 31 Unternehmen.

Unternehmen auf den oberen Rangpositionen sowie Unternehmen der Finanzwirtschaft vergleichsweise häufig Mitglieder der Geschäftsführung in die Kontrollgremien anderer Unternehmen entsandten.[46] Im Berichtsjahr 2014 hatten Mitglieder der Geschäftsführung der zehn größten Unternehmen durchschnittlich jedoch lediglich ein Mandat (2012: 1,3 Mandate) in Kontrollgremien anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" inne.[47] Wie bereits im Berichtsjahr 2012 war auch in der aktuellen Berichtsperiode kein Unternehmen aus dem Kreis mit mehr als drei weiteren Unternehmen über Mitglieder der Geschäftsführung verflochten.

590. Nachdem die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien der „100 Größten" seit dem Jahr 2008 von 76 auf 41[48] im Jahr 2012 gesunken war, ist sie in der vergangenen Berichtsperiode um 9,76 Prozent auf 45 Verbindungen angestiegen. Dieses Ergebnis ist im Wesentlichen auf die veränderte Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten" zurückzuführen. Diejenigen Unternehmen, welche bereits im Berichtsjahr 2012 zu dem Kreis der „100 Größten" zählten, weisen gegenüber dem Berichtsjahr 2012 in der Summe lediglich eine zusätzliche Verflechtung über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien weiterer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" auf. Durch die veränderte Zusammensetzung des Untersuchungskreises im Berichtsjahr 2014 sind demgegenüber drei zusätzliche Verbindungen entstanden.

591. Die letzten beiden Spalten in Tabelle II.15 geben die Anzahl der indirekten Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Aufsichtsmandaten wieder. Zwei Unternehmen gelten in diesem Sinne als personell verflochten, wenn eine Person in den Kontrollgremien beider Unternehmen vertreten war und nicht gleichzeitig zur Geschäftsführung eines weiteren Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten" zählte. Im Jahr 2014 waren 64 der betrachteten Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien verbunden (Berichtsjahr 2012: 66)[49]. Die Gesamtzahl dieser Verflechtungsbeziehungen verringerte sich um 9 Prozent von 154[50] im Jahr 2012 auf 140 im Jahr 2014.

592. Der Anteil der gemessenen Kontakte über gemeinsame Mitglieder der Kontrollgremien an der maximalen Anzahl möglicher Verflechtungen lässt sich als Indikator für den Verflechtungsgrad interpretieren.[51] Zwischen den Jahren 2012 und 2014 reduzierte sich der Grad der Verflechtungen um 0,3 Prozentpunkte von 3,1 auf 2,8 Prozent (20010/2012:-0,4 Prozentpunkte). Der Rückgang dieser Art der Verflechtungen ist nicht vorrangig auf Änderungen in der Zusammensetzung des Untersuchungskreises zurückzuführen. Zwar wurden aus diesem Grund drei Verbindungen weniger erfasst als im Jahr 2012, jedoch wiesen diejenigen Unternehmen, die in beiden Jahren zum Untersuchungskreis gehörten, elf Verbindungen weniger auf als im Jahr 2012.

593. Abbildung II.10 stellt die Entwicklung der Verflechtungen zwischen den Unternehmen im Kreis der „100 Größten" dar. Die Gesamtzahl von Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien reduzierte sich seit dem Jahr 1996 kontinuierlich von 420 auf 140 Fälle. Dies entspricht einem Rückgang um 66,7 Prozent. Die Zahl der Unternehmensverbindungen über die Entsendung von Geschäftsführern in externe Kontrollgremien verringerte sich im gleichen Zeitraum um 75,8 Prozent von 186 auf nunmehr 45 Fälle. Es fällt auf, dass die Entwicklung in stärkerem Maße durch Mitglieder der Geschäftsführung aus Banken und Versicherungen im Untersuchungskreis getrieben wurde. Entsprechende Verbindungen sanken zwischen 1996 und 2014 um 84 Prozent von 101 auf 16 Fälle, während die Anzahl der Verflechtungen über Geschäftsführer in den Branchen Industrie, Handel, Verkehr und Dienstleistungen mit einem Rückgang um 66 Prozent relativ schwächer abgebaut wurde.

---

46 Vgl. beispielsweise Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 414.

47 Vgl. Tabelle II.15, Spalten 4 und 5. Unberücksichtigt bleiben hier Mandate, die zur mehrfachen Vertretung in Kontrollorganen führen.

48 Bei getrennter Erfassung von Edeka Minden eG und Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2012: 42 Unternehmen.

49 Bei getrennter Erfassung von Edeka Minden eG und Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2012: 68 Unternehmen.

50 Bei getrennter Erfassung von Edeka Minden eG und Edeka Zentrale AG & Co. KG im Berichtsjahr 2012: 155 Unternehmen.

51 Die höchstmögliche Zahl unterschiedlicher Verflechtungskombinationen entspricht n(n-1)/2, mit n = Zahl der betrachteten Unternehmen (jedes der n Unternehmen wäre dann mit jedem der anderen (n-1) Unternehmen verflochten).

Abbildung II.10: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2014

Anmerkung: Berichtsjahr 2012: Aktualisierte Werte (vgl. Erläuterung 4 zu Tabelle II.15)

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

4.3.3 Aufschlüsselung der Kontrollgremien nach Gruppen von Mandatsträgern

594. In diesem Abschnitt weist die Monopolkommission die Zusammensetzung der Kontrollgremien der 100 größten Unternehmen nach unterschiedlichen Gruppen von Mandatsträgern aus.[52] Tabelle II.16 stellt diese für das Berichtsjahr 2014 dem Berichtsjahr 2012 gegenüber. Veränderungen des anteilsmäßigen Gewichts der unterschiedenen Gruppen zwischen den Berichtsperioden sind zum einen auf Veränderungen innerhalb der Kontrollgremien von Unternehmen, die in beiden Berichtsjahren im Kreis der „100 Größten“ vertreten waren zurückzuführen, zum anderen aber auch auf die veränderte Zusammensetzung des Kreises der hundert größten Unternehmen.

595. Bezüglich der Zuordnung der Mandate der Kontrollgremien zu der Gruppe der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter ist im Berichtsjahr 2014 ein geringfügiger Anstieg der Arbeitgebervertreter um 1,2 Prozent auf 55,9 Prozent in den Kontrollgremien festzustellen. Dieser ist darauf zurückzuführen, dass die Anzahl der Arbeitgebervertreter von 840 im Berichtsjahr 2012 auf 863 im Berichtsjahr 2014 gestiegen ist, während die Anzahl der Arbeitnehmervertreter wie im Berichtsjahr 2012 680 beträgt.

---

[52] Vgl. Tz. 587.

Tabelle II.16: Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollgremien der 100 größten Unternehmen 2012 und 2014 nach Gruppen

Gruppenzugehörigkeit[1]	Zahl der Mandate		Anteil an der jeweiligen Gruppe (in %)	
	2014	2012	2014	2012
Arbeitgebervertreter:				
Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	50	49	5,8	5,8
davon Vertreter von Banken und Versicherungen	16	12	1,9	1,4
Vertreter der öffentlichen Hand[2]	104	100	12,1	11,9
Sonstige Arbeitgebervertreter[2]	709	691	82,2	82,3
Arbeitgebervertreter insgesamt	863	840	100,0	100,0
nachrichtlich:				
Vorsitzende der Kontrollgremien	96[4)]	97	100,0	100,0
davon:				
Mehrfachmandatsträger	33	31	34,4	32,0
aktive Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	2	3	2,1	3,1
Arbeitnehmervertreter:				
Gewerkschaftsvertreter[3]	171	174	25,1	25,6
Angestellte des Unternehmens (Betriebsräte, leitende Angest.)	509	506	74,9	74,4
Arbeitnehmervertreter ingesamt	680	680	100,0	100,0
Mandatsträger in den Kontrollgremien insgesamt	1.543	1.520		
Durchschnittliche Anzahl Mandatsträger im Kontrollgremium	15,9	15,7		
davon:				
Anteil Arbeitgebervertreter			55,9	55,3
Anteil Arbeitnehmervertreter			44,1	44,7
Geschäftsführer der "100 Größten":				
Mehrfachmandatsträger	42	42	7,9	7,8
davon:				
Geschäftsführer aus Banken und Versicherungen	12	9	2,2	1,7
Vorsitzende der Geschäftsführung	22	18	4,1	3,3
Mandatsträger in den Geschäftsführungsgremien insgesamt	535	541	100,0	100,0
Durchschnittliche Anzahl Mitglieder der Geschäftsführung	5,5	5,6		

1 Die Daten beziehen sich auf die 97 (2012: 97) Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, für die ein Kontrollgremium ermittelt werden konnte. Alle Anteilswerte auf eine Nachkommastelle gerundet

2 Aktualisierte Werte für das Berichtsjahr 2012

3 Gewerkschaftsvertreter gemäß § 7 Abs. 2, § 16 MitbestG

4 Bei der in Frankreich ansässigen Compagnie de Saint-Gobain S. A. ist der Vorsitzende der Geschäftsführung (Chief Executive Officer) auch als Vorsitzender des Kontrollorgans (Chairman of the Board of Directors) tätig. Diese Position wurde als Geschäftsführungsposition erfasst. Aus diesem Grund wurde für die Saint-Gobain-Gruppe kein Aufsichtsratsvorsitzender erhoben

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

596. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist innerhalb der Gruppe der Arbeitgebervertreter insbesondere die Bedeutung von Mandaten, die von Mitgliedern der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeübt werden relevant. Im Berichtsjahr 2014 wurden 50 Mandate dieser Art erfasst (Berichtsjahr 2012: 49). In Bezug zur Gesamtgruppe der Arbeitgebervertreter entspricht dies einem Anteil von 5,8 Prozent. Gegenüber dem Berichtsjahr 2012 bleibt der Anteil dieser Gruppe somit annähernd konstant. Innerhalb dieser Gruppe kommt Mitgliedern der Geschäftsführung von Banken und Versicherungen jedoch eine größere Bedeutung zu. Im Berichtsjahr 2012 waren die Arbeitgebervertreter in den Kontrollgremien lediglich in 12 Fällen auch Mitglied der Geschäftsführung einer Bank oder Versicherung aus dem Untersuchungskreis. Im Berichtsjahr 2014 traf dies in 16 Fällen zu. Dieser Anstieg ist

vornehmlich auf die Veränderung des Kreises der „100 Größten“ zurückzuführen. Werden ausschließlich diejenigen Unternehmen betrachtet, die in beiden Jahren zu den „100 Größten“ zählten, stieg die Anzahl der Aufsichtsratsmandate, die durch Mitglieder der Geschäftsführung von Banken und Versicherungen ausgeübt wurden, lediglich um ein Mandat. Zudem ist der Anteil dieser Gruppe an allen Arbeitgebermandaten mit 1,9 Prozent weiterhin gering.

597. Aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Sicht ist der Einfluss von Vertretern der öffentlichen Hand in den Kontrollgremien der „100 Größten“ von Bedeutung. Im Berichtsjahr 2014 wurden 104 Mandate durch Vertreter der öffentlichen Hand ausgeübt. Gegenüber dem Berichtsjahr 2012 stieg ihr Anteil an allen Arbeitgebervertretern damit um 0,2 Prozentpunkte auf 12,1 Prozent (Berichtsjahr 2012: 11,9 Prozent[53]). Allerdings gingen die Mandate in den Kontrollgremien lediglich in vier Fällen nicht mit einer Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand bei dem entsprechenden Unternehmen einher.

598. Die Vertreter der in Tabelle II.16 aufgeführten Gruppen übten zum Teil Mandate in den Kontrollgremien mehrerer Unternehmen aus dem Untersuchungskreis aus. Im Berichtsjahr 2012 wurden noch in zwei Fällen fünf parallele Aufsichtsratsmandate durch Arbeitgebervertreter ausgeübt, die nicht gleichzeitig dem Geschäftsführungsgremium eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ angehörten. Im Berichtsjahr 2014 gab es keine Person, die mehr als vier parallele Mandate inne hatte. Vier parallele Aufsichtsmandate wurden bei fünf Personen festgestellt, die kein Mitglied der Geschäftsführung eines weiteren Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ waren (Berichtsjahr 2012: sechs Personen). Weitere 18 Personen waren jeweils in drei sowie 58 Personen in zwei Kontrollgremien vertreten (Berichtsjahr 2012: 14 Personen bzw. 60 Personen). Die maximale Anzahl externer Aufsichtsmandate von Mitgliedern der Geschäftsführung eines Unternehmens aus dem Untersuchungskreis belief sich im Jahr 2014 in zwei Fällen auf drei (Berichtsjahr 2012: fünf Fälle), in vier Fällen auf zwei (Berichtsjahr 2012: fünf Fälle) sowie in 36 Fällen auf ein externes Aufsichtsmandat (Berichtsjahr 2012: 36 Fälle). Die Ergebnisse deuten darauf hin, dass kein Unternehmen die im Deutschen Corporate Governance-Kodex empfohlene Höchstzahl wahrgenommener externer Aufsichtsratsmandate durch Vorstände in börsennotierten Gesellschaften überschreitet.[54]

5 Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen

599. Um der wettbewerbspolitischen Bedeutung externen Unternehmenswachstums Rechnung zu tragen, schließen die Untersuchungen der Monopolkommission zur aggregierten Konzentration von Großunternehmen mit der Betrachtung der Zusammenschlussaktivitäten der „100 Größten“. Die Monopolkommission stützt sich hierbei auf eine durch das Bundeskartellamt bereitgestellte Zusammenstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung dieser Unternehmen an den Zusammenschlüssen, die beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumelden sind.[55] Das Bundeskartellamt berichtet der Monopolkommission sowohl die Zahl der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wie auch die Anzahl der Freigabeentscheidungen. Unter der Annahme, dass angemeldete Zusammenschlüsse, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden, von den Beteiligten auch vollzogen werden, kann auf Grundlage dieser Daten auf die Anzahl der Zusammenschlüsse mit Beteiligung eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ geschlossen werden. Die Monopolkommission stellt diese Zahl der Anzahl aller Unternehmensfusionen in Deutschland gegenüber.

---

[53] Aktualisierter Wert.

[54] Vgl. Deutscher Corporate Governance-Kodex in der Fassung vom 5. Mai 2015, Ziffer 5.4.5. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist allerdings zu berücksichtigen, dass ausschließlich Mandate innerhalb des Untersuchungskreises Berücksichtigung finden. Die tatsächliche Anzahl ausgeübter Mandate kann somit höher liegen, als hier berichtet wird.

[55] Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden grundsätzlich Anwendung, sofern die Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweit insgesamt EUR 500 Mio. überschritten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. EUR und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als fünf Millionen Euro erzielt haben (§ 35 Abs. 1 GWB).

600. Im Vergleich zu den Jahren 2012/13 und sank die Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis in den Jahren 2014/15 um 10 Prozent von 299 auf 269 Fälle.[56] Die Gesamtzahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüsse erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 8,5 Prozent auf 2.407 Fälle. Infolge der gegenläufigen Entwicklung verringerte sich der Anteil an angemeldeten Zusammenschlüssen, an denen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" beteiligt waren von 13,5 auf 11,2 Prozent. Bezüglich der Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes fällt der Rückgang des Anteils der „100 Größten" noch größer aus. Er sank im Berichtszeitraum um 3 Prozentpunkte auf 11,4 Prozent. Dieses Ergebnis ist sowohl auf einen Rückgang der Anzahl der Freigabeentscheidungen mit Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" um 11,5 Prozent auf 262 Fälle zurückzuführen wie auch auf den Anstieg der Anzahl aller Freigabeentscheidungen um 11,7 Prozent auf 2.290 Fälle.

601. Tabelle II.17 listet die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der Freigabeentscheidungen für die Jahre 2014/15 und 2012/13 für die einzelnen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" auf. 65 der 100 Unternehmen meldeten mindestens einen Zusammenschluss an (2012/13: 66 Unternehmen) und 66 Unternehmen aus dem Kreis waren im Berichtszeitraum von mindestens einer Freigabeentscheidung betroffen (2012/13: 66 Unternehmen).[57] Die höchste Zusammenschlussaktivität wiesen im aktuellen Berichtszeitraum die Rethmann SE & Co. KG mit 29 Anmeldungen, die RWE AG mit 23 Anmeldungen und die STRABAG-Gruppe Deutschland mit 17 Anmeldungen auf. Insgesamt meldeten acht Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" mindestens zehn Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt an (2012/13: 9 Unternehmen).

Tabelle II.17: Beteiligung der „100 Größten" an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[1]		Freigaben[2]	
2014	2012		2014/15[3]	2012/13	2014/15[3]	2012/13
1	1	Volkswagen AG	4	4	4	5
2	2	Daimler AG	5	6	5	7
3	5	Bayerische Motoren Werke AG	3	1	3	2
4	3	Siemens AG	2	7	3	7
5	6	Deutsche Telekom AG	8	11	9	11
6	4	Deutsche Bahn AG	1	0	1	0
7	8	Robert Bosch GmbH	3	8	3	10
8	9	Deutsche Post AG	2	6	2	6
9	7	BASF SE	2	4	2	4
10	13	Deutsche Bank AG	2	2	2	2
11	11	RWE AG	23	25	19	28
12	15	Bayer AG	1	2	2	2
13	10	Deutsche Lufthansa AG	3	3	2	3
14	14	SAP SE	0	3	0	4
15	26	Fresenius SE & Co. KGaA	0	9	0	6
16	19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus Group N. V.)	1	5	1	4
17	16	REWE-Gruppe (Rewe Zentralfinanz eG)	1	1	2	0
18	18	Continental AG	5	1	5	1

56 Bei den übermittelten Daten zu der Zahl der Anmeldungen und den Freigaben für das Jahr 2015 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte. In den Fällen, in denen mehr als ein Unternehmen aus dem Berichtskreis an einer Fusion teilnahm, wurde diese jedem der Unternehmen zugerechnet.

57 Da es bei den in dem jeweiligen Betrachtungszeitraum angemeldeten Zusammenschlüssen nicht zwangsläufig im selben Zeitraum zu einer Entscheidung vonseiten des Bundeskartellamtes kommen muss, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Anzahl der freigegebenen Fälle die Anzahl der angemeldeten Fälle im Betrachtungszeitraum übersteigt.

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[1]		Freigaben[2]	
2014	2012		2014/15[3]	2012/13	2014/15[3]	2012/13
19	33	Schwarz-Gruppe	3	1	3	1
20	23	Sanofi-Gruppe Deutschland (Sanofi S.A.)	0	0	0	0
21	17	Metro AG	2	4	2	4
22	12	E.ON SE	13	4	13	5
23	21	Commerzbank AG	2	1	2	1
24	25	ZF Friedrichshafen AG	2	1	2	1
25	-	Edeka-Gruppe[4]	4	3	3	3
26	22	ThyssenKrupp AG	3	3	3	3
27	35	Allianz SE	0	0	0	0
28	31	Aldi-Gruppe	0	0	0	0
29	28	Bertelsmann SE & Co. KGaA	7	13	7	14
30	30	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	4	0	4	0
31	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	0	1	0	1
32	24	Evonik Industries AG (Evonik Industries AG)	1	7	1	7
33	-	General Motors-Gruppe Deutschland (General Motors Corporation)	2	-	2	-
34	38	Rhön-Klinikum AG	3	7	4	2
35	29	KfW Bankengruppe	0	1	0	1
36	36	IBM-Gruppe Deutschland (IBM International Business Machines Corporation)	0	1	0	1
37	37	Asklepios Kliniken GmbH	0	2	0	0
38	40	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	0	0	0	0
39	43	DZ Bank AG	16	21	18	18
40	39	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit S.p.A.)	2	0	1	0
41	44	Rethmann SE & Co. KG	29	8	26	8
42	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall AB)	0	0	0	1
43	49	Otto Group (Otto (GmbH & Co KG))	0	0	0	0
44	51	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG SE)	17	10	17	10
45	48	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	1	5	1	5
46	60	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1	2	1	2
47	58	Wacker Chemie AG	0	0	0	0
48	32	Energie Baden-Württemberg AG	16	11	16	13
49	53	Salzgitter AG	0	2	1	1
50	65	Sana Kliniken AG	3	5	3	5
51	55	E. Merck KG (Merck KGaA)	1	0	1	0
52	-	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Motor Company Inc.)	1	-	1	-
53	52	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	1	0	1	0
54	50	Henkel AG & Co. KGaA	2	4	2	4
55	46	Landesbank Baden-Württemberg	16	8	12	10
56	59	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1	0	1	0
57	64	Deutsche Börse AG	0	2	0	2

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[1]		Freigaben[2]	
2014	2012		2014/15[3]	2012/13	2014/15[3]	2012/13
58	57	Liebherr-International-Gruppe Deutschland (Liebherr-International S.A.)	0	0	0	0
59	63	BSH Hausgeräte GmbH	0	0	0	0
60	45	K+S AG	0	0	0	0
61	61	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (The Procter & Gamble Company)	0	0	0	0
62	84	Bayerische Landesbank (BayernLB Holding AG)	0	2	0	2
63	73	maxingvest AG	0	0	0	0
64	70	Carl Zeiss AG	1	0	1	0
65	71	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0	0
66	-	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)	0	-	0	-
67	54	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard Company)	2	2	1	2
68	86	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0	0
69	56	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungsverein a.G. und Debeka Krankenversicherungsverein a.G.)	1	1	1	1
70	88	DEKRA SE	0	1	0	1
71	81	AVECO Holding AG	1	1	1	1
72	87	Linde AG	1	0	1	0
73	77	ABB-Gruppe Deutschland (ABB Ltd.)	1	0	1	1
74	99	Hella KGaA Hueck & Co.	0	3	0	3
75	89	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	0	0	0	0
76	79	LANXESS AG	0	0	0	0
77	-	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	0	-	0	-
78	78	Freudenberg & Co. KG	1	2	1	2
79	94	Signal-Iduna Gruppe (Iduna Vereinigte Lebensversicherung a.G. und Signal Krankenversicherung a.G.)	2	0	2	0
80	85	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	0	0	0	0
81	83	Stadtwerke Köln GmbH	2	4	2	5
82	-	ProSiebenSat.1 Media AG	9	-	9	-
83	42	Total-Gruppe Deutschland (Total S.A.)	1	7	1	6
84	95	Dr. August Oetker KG	1	3	2	2
85		Ernst & Young-Gruppe Deutschland (Ernst & Young Europe LLP)	1	-	1	-
86	96	B. Braun Melsungen AG	1	2	1	3
87	74	EWE AG	3	1	3	1
88	90	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz AB)	0	0	0	0
89	76	Voith GmbH	1	0	1	0
90	-	HUK-COBURG (Haftpflicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G. in Coburg)	3	-	3	-

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[1]		Freigaben[2]	
2014	2012		2014/15[3]	2012/13	2014/15[3]	2012/13
91	75	Stadtwerke München GmbH	2	1	2	1
92	-	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	2	-	2	-
93	69	Bilfinger SE	0	10	0	10
94	97	Miele & Cie. KG	0	0	0	0
95	82	Axel Springer SE	10	11	10	8
96	-	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (Rolls-Royce Holdings Plc)	1	-	1	-
97	80	Rheinmetall AG	1	1	1	1
98	72	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé S.A.)	2	2	1	2
99	-	Krones AG	0	-	0	-
100	-	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (Kühne + Nagel International AG)	0	-	0	-
-	34	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Group Plc)	-	0	-	0
-	41	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (Exxon Mobil Corporation)	-	2	-	2
-	62	HSH Nordbank AG	-	1	-	1
-	66	BP-Gruppe Deutschland (BP p.l.c.)	-	2	-	2
-	67	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	-	10	-	9
-	68	Shell-Gruppe Deutschland (Royal Dutch Shell plc)	-	2	-	2
-	92	Landesbank Berlin AG	-	2	-	2
-	93	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis AG)	-	0	-	0
-	98	Philips-Gruppe Deutschland (Koninklijke Philips Electronics N. V.)	-	0	-	0
-	100	GEA Group AG	-	1	-	1
Insgesamt			269	299	262	296
Anzahl Unternehmen			65	66	66	66
Gesamtzahl aller Anmeldungen/Freigaben			2.407	2.218	2.290	2.050
Anteil der "100 Größten" an der Gesamtzahl aller Fälle (in %)			11,2	13,5	11,4	14,4

1 Gezählt werden Vorgänge, die zwischen dem 1. Januar 2014 und dem 31. Dezember 2015 beim Bundeskartellamt angemeldet wurden und bei denen das Unternehmen entweder selbst Erwerber, die Obergesellschaft zu einem der Erwerber oder selbst Erworbener war

2 Anzahl der zwischen dem 1. Januar 2014 und dem 31. Dezember 2015 entweder im Vor- oder Hauptprüfverfahren, mit und ohne Nebenbestimmungen freigegebener Vorgänge oder wenn für den Fall keine Kontrollpflicht bestand

3 Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2015 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte

4 Für die Periode 2012/13 wurden die Werte der Edeka ZENTRALE AG & Co. KG übernommen

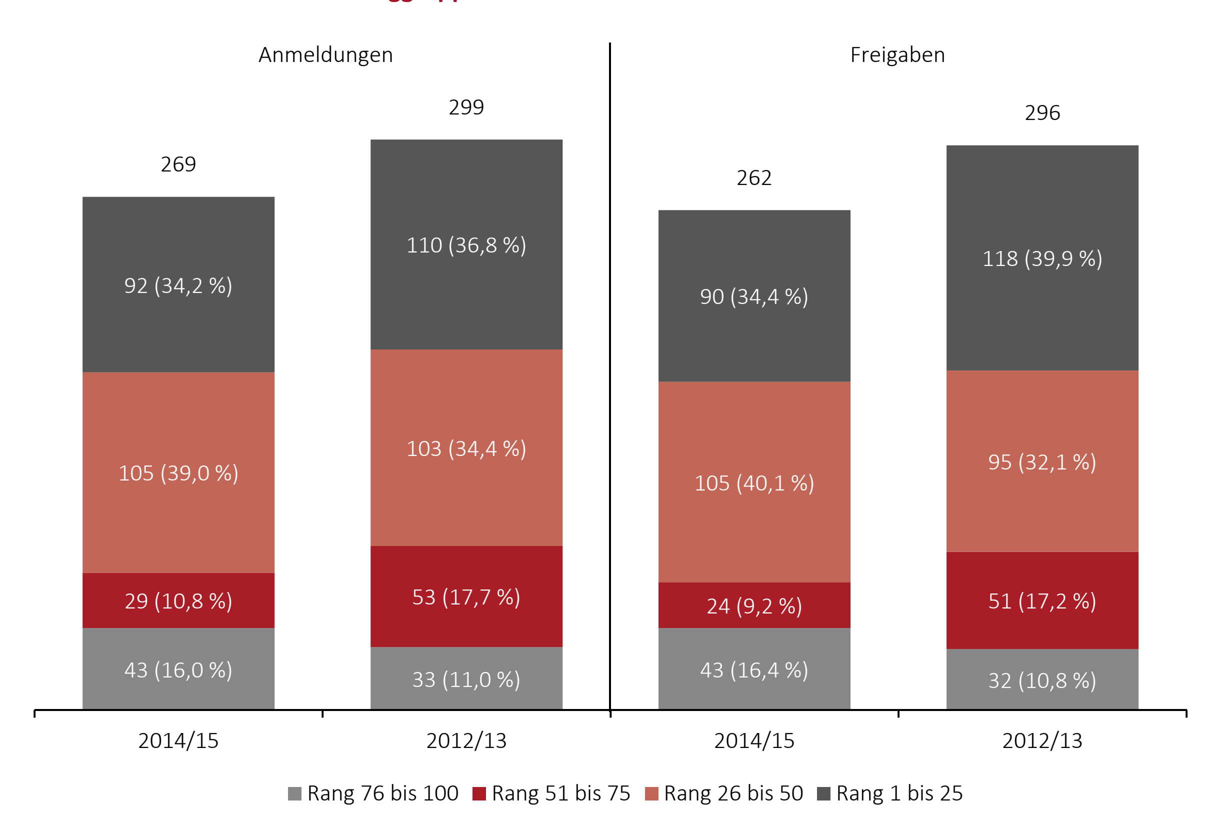
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Bundeskartellamtes

602. In Abbildung II.11 sind die Anmeldungen und Freigaben von Zusammenschlüssen mit Beteiligung der „100 Größten“ nach Quartilen dargestellt. In den Jahren 2014/15 wurden von Unternehmen aus den ersten 25 Rängen mit 92 Anmeldungen 18 Zusammenschlüsse weniger beim Bundeskartellamt angemeldet als in den Jahren 2012/13. Gleichwohl sank der Anteil von Unternehmen aus dieser Ranggruppe nur geringfügig um 7 Prozent auf 34,2 Prozent. Unternehmen aus den Rängen 51-75 meldeten in den Jahren 2014/15 29 Zusammenschlüsse an. In den Jahren 2012/13 wurden von Unternehmen aus dieser Ranggruppe noch 53 Zusammenschlüsse angemeldet. Somit sank der Anteil dieser Ranggruppe an den Anmeldungen aus dem Kreis der „100 Größten“ um 39 Prozent auf 10,8 Prozent. Gestiegen ist dagegen die Anzahl an Anmeldungen aus den unteren Rängen. Diese Unternehmen meldeten in den Jahren

2014/15 10 Zusammenschlüsse mehr an als in den Jahren 2012/13. Aufgrund des geringen Ausgangsniveaus von 33 Anmeldungen in den Jahren 2012/13 entspricht dies einer Steigerung des Anteils dieser Ranggruppe um 52 Prozent.

603. Eine ähnliche Entwicklung wies die vom Bundeskartellamt freigegebene Anzahl an Zusammenschlussvorhaben auf. Auch hier stieg der Anteil der Unternehmen aus den Rängen 76-100 an allen Freigabeentscheidungen mit Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" um 52 Prozent auf 16,4 Prozent. Die Anzahl an Freigaben für Unternehmen aus den ersten Rängen sank dagegen um 28 auf 90 Fälle. Ihr Anteil beträgt nunmehr 34,5 Prozent. Auch die Anzahl an Freigaben mit Beteiligung von Unternehmen aus den Rängen 51-75 sank von 51 Fällen in den Jahren 2012/13 auf 24 Fälle in den Jahren 2014/15, sodass der Anteil dieser Ranggruppe in den Jahren 2014/15 9,2 Prozent beträgt.

Abbildung II.11: Häufigkeit der Beteiligungen der hundert größten Unternehmen an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen



Anmerkung: Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2015 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Bundeskartellamtes

Kapitel III
Europäische Unternehmensverflechtungen

Kurz gefasst

Die im Rahmen des gesetzlichen Auftrages zur Konzentrationsberichterstattung nach § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB traditionell in Kapitel II durchgeführte Untersuchung zu den größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ergänzt die Monopolkommission in Kapitel III durch die Untersuchung von europäischen Unternehmensverflechtungen über kapitalmäßige Minderheitsbeteiligungen. Diese grenzübergreifende Perspektive trägt einer zunehmenden Internationalisierung von Beschaffungs- und Absatzmärkten Rechnung. Mit der Untersuchung von Minderheitsbeteiligungen wird ein spezifischer Aspekt der Konzentration wirtschaftlicher Aktivität beleuchtet, dem zuletzt vor allem in zwei Zusammenhängen Bedeutung beigemessen wurde: zum einen im Rahmen der Diskussion zur Rolle institutioneller Investoren für den Wettbewerb zwischen ihren Portfoliounternehmen, die bisher hauptsächlich im US-amerikanischen Kontext geführt wird, zum anderen im Rahmen von Bestrebungen der Europäischen Kommission zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen.

Für das XXI. Hauptgutachten hat die Monopolkommission die den empirischen Untersuchungen zugrunde liegende Datenbasis europäischer Unternehmen erweitert und somit die Aussagekraft ihrer Analysen verbessert. Insbesondere hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die zusätzliche Erfassung von nicht börsennotierten Unternehmen sowie von Unternehmen aus nahezu allen Mitgliedstaaten der EU-28 zuzüglich Norwegen und der Schweiz. Des Weiteren wurde die Datenbasis für die Jahre 2012 und 2013 fortgeschrieben. Mit dieser Erweiterung hat sich nicht nur die Repräsentativität der Daten verbessert, sondern ebenso das inhaltliche Analysepotenzial.

Die empirischen Auswertungen zeigen, dass auf europäischer Ebene der Wirtschaftsbereich „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ den höchsten Verflechtungsgrad aufweist, gefolgt von dem Wirtschaftsbereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ sowie vom Wirtschaftsbereich „Bergbau und der Gewinnung von Steinen und Erden“. Unter den drei Wirtschaftsbereichen mit der vergleichsweise niedrigsten Wettbewerbsintensität in Deutschland, gemessen durch ein empirisches Lerner-Maß, sind die Wirtschaftsbereiche „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ und „Bergbau und die Gewinnung von Steinen und Erden“ ebenfalls vertreten. Darüber hinaus ist der Wirtschaftsbereich „Grundstücks- und Wohnungswesen“ vertreten, wobei bezüglich der beiden letztgenannten Wirtschaftsbereiche ein deutlicher Unterschied zur europäischen Ebene auffällt. Ein eindeutiger negativer Zusammenhang zwischen der Verflechtung eines Unternehmens und der Wettbewerbsintensität, der sich ein Unternehmen gegenübersieht, kann jedoch nicht festgestellt werden. Allenfalls ergeben sich sehr schwache Hinweise auf Input-Abschottungsstrategien durch partielle Rückwärtsintegration.

Bezüglich der Überlegungen zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen sieht die Monopolkommission zwar das wettbewerbsverzerrende Potenzial horizontaler und vertikaler nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen. Sie entnimmt ihrer empirischen Analyse jedoch keine eindeutigen Anzeichen für wettbewerbliche Auswirkungen, die einen dringenden Handlungsbedarf nahelegen würden. Damit schließt sich die Monopolkommission der derzeitigen Auffassung der Europäischen Kommission an.

Die Monopolkommission sieht demgegenüber jedoch ein wettbewerbsverzerrendes Potenzial durch indirekte Horizontalbeteiligungen zwischen Portfoliounternehmen desselben Wirtschaftsbereichs über institutionelle Investoren. Hierzu legt die Monopolkommission im vorliegenden Gutachten erstmalig eine Untersuchung vor. Das wettbewerbsschädigende Potenzial indirekter horizontaler Verflechtungen verschärft sich durch zusätzliche Faktoren, wie etwa durch eine homogene Interessenlage bei den institutionellen Investoren und eine institutionalisierte Stimmrechtsberatung. Länder- und sektorübergreifende empirische Analysen zur Verbreitung indirekter Horizontalverflechtungen über institutionelle Anleger demonstrieren zudem die quantitative Relevanz derartiger Beteiligungskonzentrationen in Deutschland und Europa. Demnach wäre es zu begrüßen, wenn indirekten Minderheitsbeteiligungen über institutionelle Anleger mehr Aufmerksamkeit auch im Rahmen einer möglichen Fortentwicklung der FKVO auf europäischer Ebene zukäme.

Europäische Unternehmensverflechtungen

1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

604. Mit dem vorliegenden Berichtsteil[1] erweitert die Monopolkommission ihre mit dem XVIII. Hauptgutachten begonnene Analyse zu Unternehmensverflechtungen in und zwischen EU-Mitgliedstaaten.[2] Die Untersuchung von kapitalmäßigen Minderheitsbeteiligungen ergänzt die im Rahmen des gesetzlichen Auftrages nach § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB traditionell in Kapitel II durchgeführte Untersuchung zu den 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. Zum einen wird mit kapitalmäßigen Minderheitsbeteiligungen ein zusätzlicher Aspekt von Unternehmenskonzentration beleuchtet, zum anderen trägt die grenzübergreifende Perspektive einer zunehmenden Internationalisierung von Beschaffungs- und Absatzmärkten Rechnung. Insgesamt hat die Bedeutung der Konzentration wirtschaftlicher Aktivität seit Beginn der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission in ihrem ersten Hauptgutachten 1976 keinesfalls an Relevanz für wettbewerbspolitische und wohlfahrtsökonomische Erwägungen eingebüßt. Dies wird insbesondere auch vor dem Hintergrund aktueller Debatten zur Wettbewerbsintensität in den USA deutlich: Der Sachverständigenrat für Wirtschaftsfragen des Präsidenten (CEA) hatte hierzu beispielsweise im April 2016 eine Stellungnahme veröffentlicht, in welcher ein Rückgang der Wettbewerbsintensität in vielen Wirtschaftsbereichen aufgrund zunehmender Unternehmenskonzentration vermutet wird und zur Abhilfe zusätzliche wettbewerbspolitische Maßnahmen gefordert werden.[3] Derartige Tendenzen lassen sich unter Umständen auch auf europäische Volkswirtschaften übertragen, so beschreibt beispielsweise eine aktuelle Studie das verarbeitende Gewerbe in der EU als zunehmend konzentriert und stellt einen Zusammenhang mit der Herausbildung globaler Wertschöpfungsketten her.[4]

605. Über den gesetzlichen Auftrag zur Konzentrationsberichterstattung für die Bundesrepublik Deutschland hinaus analysiert die Monopolkommission im vorliegenden Berichtsteil zunächst die allgemeine wettbewerbliche Bedeutung von Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen in Europa. Weiterhin geht sie den spezifischen Fragestellungen nach der quantitativen Bedeutung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen sowie möglicher wettbewerbsverzerrender Auswirkungen durch Abschottungsstrategien nach. Dies erscheint nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Überlegungen der Europäischen Kommission, ihre Zuständigkeit im Rahmen der Fusionskontrolle auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen auszuweiten, von wettbewerbspolitischer Relevanz.[5]

606. Minderheitsbeteiligungen können allerdings auch dann ein wettbewerbsverzerrendes Potenzial entfalten, wenn Gesellschafter und Zielunternehmen nicht im klassischen Sinne über eine Wertschöpfungskette miteinander verbunden sind. Dies ist dann der Fall, wenn Beteiligungen eines Investors im Rahmen seiner Kapitalanlagestrategie an mehreren Unternehmen innerhalb eines Marktes oder entlang einer Wertschöpfungskette gehalten werden. Eine derartige indirekte Verbindung von Wettbewerbern über Minderheitsbeteiligungen eines oder einiger weniger diversifizierter Investoren könnte die Anreize zu wettbewerblichem Verhalten zwischen den Portfoliounternehmen abschwächen und deren Parallelverhalten fördern. Aus diesem Grunde widmet die Monopolkommission auch diesem Aspekt wirtschaftlicher Konzentration eine eingehendere Untersuchung. Im Fokus stehen hier Beteiligungen relativ großer und stark diversifizierter Investoren – sogenannter institutioneller Investoren – wie etwa Bankengruppen, Versicherungen,

---

1 Ausgewählte Ergebnistabellen von Kapitel III werden zusätzlich als Online-Anhang zu diesem Gutachten in elektronischer Form auf der Homepage der Monopolkommission veröffentlicht.

2 Der Unternehmensbegriff wird im vorliegenden Kapitel grundsätzlich im Sinne des Konzepts einer wirtschaftlichen Einheit verwendet. Im Rahmen der empirischen Analyse kann hiervon allerdings abgewichen werden und als Unternehmen können gleichsam konsolidierte Konzerntöchter bezeichnet werden. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass die empirische Analyse sowohl die Verwendung konsolidierter Konzernabschlüsse als auch unkonsolidierter Teilabschlüsse als Beobachtungseinheiten erfordert.

3 Council of Economic Advisers, Benefits of Competition and Indicators of Market Power, Issue Brief, April 2016; Vgl. hierzu auch Grullon, G./Larkin, Y./Michaely, R., Are US Industries Becoming More Concentrated?, Arbeitspapier, November 2015 und The Economist, Too much of a good thing, 26.3.2016, S. 21 ff.

4 Stöllinger, R., Structural change and global value chains in the EU, Empirica, 2016, doi: 10.1007/s10663-016-9349-z.

5 EU-Kommission, Towards More Effective Merger Control, Commission Staff Working Document, SWD(2013) 239 final vom 25. Juni 2013.

Vermögensverwalter und Investmentfonds. Bezogen auf Kapitalbeteiligungen von Banken an Nichtbankenunternehmen hat die Monopolkommission bereits in ihrem ersten Hauptgutachten 1973/1975 auf eine wesentliche Konzentrationswirkung in diesem Zusammenhang hingewiesen.[6]

607. In ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission bereits Auswertungen zu personellen Verflechtungen und kapitalmäßigen Minderheitsbeteiligungen in 15 ausgewählten EU-Mitgliedstaaten sowie Norwegen und der Schweiz für den Zeitraum 2005-2011 durchgeführt.[7] Ein Schwerpunkt lag hier unter anderem auf dem Zusammenhang zwischen personellen Verflechtungen und der Innovationstätigkeit von Unternehmen. Für das XXI. Hauptgutachten hat die Monopolkommission die zugrunde liegende Datenbasis erweitert und somit die Aussagekraft ihrer Analysen verbessert. Insbesondere hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die zusätzliche Erfassung von nicht börsennotierten Unternehmen sowie von Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten der EU-28 zuzüglich Norwegen und der Schweiz. Des Weiteren wurde die Datenbasis für die Jahre 2012 und 2013 fortgeschrieben. Z. B. stehen für Deutschland für die Analysen im XXI. Hauptgutachten, für den Zeitraum 2006-2013, nunmehr rund 520.000 Unternehmensabschlüsse von rund 130.000 Unternehmen und Konzernen auf konsolidierter Ebene zur Verfügung, wohingegen es im XX. Hauptgutachten für den Zeitraum 2005-2011 lediglich 695 Unternehmen waren. Mit dieser Erweiterung hat sich nicht nur die Repräsentativität der Daten verbessert, sondern gleichsam das inhaltliche Analysepotenzial. So wurde beispielsweise die differenzierte Untersuchung wettbewerblicher Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen erst durch die Identifikation einer hinreichenden Fallzahl ermöglicht.

608. Mit ihren allgemeinen Untersuchungen zur wettbewerblichen Relevanz von kapitalmäßigen Unternehmensverflechtungen ermöglicht die Monopolkommission einen breiten Überblick zu diesem Aspekt der Konzentration wirtschaftlicher Aktivität. Konkrete wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen lassen sich allein auf dieser Grundlage jedoch nicht ableiten. Vorrangiger Grund hierfür ist die fehlende Möglichkeit einer angemessenen Abgrenzung wettbewerblich relevanter Märkte in sachlicher sowie räumlicher Hinsicht. Vielmehr versteht die Monopolkommission ihre branchenübergreifenden Analysen – wie auch die Berichterstattung zu den 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland – als Komplement zu ihren detaillierten branchenspezifischen Untersuchungen.

609. Das Kapitel ist wie folgt aufgebaut: In Gliederungspunkt 2 werden zunächst die theoretischen Annahmen sowie die Ergebnisse verfügbarer empirischer Studien zu den wettbewerbsrelevanten ökonomischen Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen zusammengefasst. In Abschnitt 3 werden die Datengrundlage und einzelne Schritte der Datenaufbereitung beschrieben. In Abschnitt 4 wird das verwendete Wettbewerbsmaß im Allgemeinen vorgestellt und diskutiert sowie die spezifische Berechnung desselben erläutert. Darüber hinaus werden in Abschnitt 4 erste empirische Befunde zur Wettbewerbsintensität in Deutschland und Europa und zur Entwicklung der Wettbewerbsintensität über die Zeit präsentiert. In Abschnitt 5 werden in den Gliederungspunkten 5.1 und 5.2 zunächst die empirischen Befunde zur allgemeinen wettbewerblichen Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen vorgelegt. Nachfolgend wird in Gliederungspunkt 5.3 der Frage nach der quantitativen Bedeutung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle nachgegangen und in Gliederungspunkt 5.4 der Frage nach wettbewerbsverzerrenden Effekten durch Abschottungsstrategien. In Abschnitt 6 wird der wettbewerblichen Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen durch institutionelle Investoren nachgegangen.

2 Theoretische Grundlagen und empirische Studien

610. Es ist gemeinhin unstrittig, dass Unternehmenszusammenschlüsse ein wettbewerbsverzerrendes Potenzial aufweisen, weswegen sie einer Überprüfung durch nationale sowie europäische Fusionskontrollregime unterliegen. Dies gilt sowohl für horizontale Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern auf demselben Markt als auch für vertikale Zusammenschlüsse entlang einer Wertschöpfungskette. Weitaus weniger eindeutig erscheint das wettbewerbsverzerrende Potenzial von Unternehmensbeteiligungen, welche weniger als 50 Prozent der Stimm- oder Anteilsrechte des jeweiligen Zielunternehmens umfassen, sogenannte Minderheitsbeteiligungen. Minderheitsbeteiligungen unterliegen nur unter bestimmten Voraussetzungen einer fusionsrechtlichen Überprüfung und stellen daher unter Umständen

---

[6] Monopolkommission, I. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976.

[7] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014.

eine vernachlässigte Quelle wettbewerbsverzerrender Effekte dar, deren nähere und fortlaufende Untersuchung geboten erscheint.

611. Als ausschlaggebendes Kriterium zur Beurteilung von potenziellen positiven und negativen Wettbewerbseffekten durch Unternehmensbeteiligungen gilt unter anderem der hierdurch vom Käufer am Zielunternehmen erlangte Grad an strategischer Einflussnahme.[8] Strategische Kontrolle über ein Zielunternehmen, nicht im fusionskontrollrechtlichen Sinne, sondern im engeren Sinne einer absoluten Mehrheit der Stimmrechte, kann hierbei z. B. auch ausgeübt werden, wenn am Zielunternehmen mehrere Minderheitsbeteiligungen gehalten werden, deren Anteilshalter koordiniert handeln. Allerdings reicht für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung im Rahmen der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) bereits ein Kontrollerwerb im Sinne der Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses auf die Geschäftstätigkeit aus, unabhängig davon, ob es sich um eine Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung handelt.[9] Eine Minderheitsbeteiligung, mit welcher die Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses auf die Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens erworben wird, wird daher im vorliegenden Zusammenhang auch als aktive Minderheitsbeteiligung bezeichnet.

612. Es ist jedoch davon auszugehen, dass auch ausschließlich kapitalmäßige (passive) Minderheitsbeteiligungen, und daraus erwachsende Beteiligungen am finanziellen Erfolg des Zielunternehmens, zu wettbewerbsbeeinträchtigendem Verhalten führen können. Für analytische Zwecke bietet sich eine differenzierte Betrachtung der beiden Elemente finanzieller Beteiligung und strategischer Einflussnahme an.[10] Dies ermöglicht eine am Wirkungsmechanismus orientierte Abgrenzung zwischen kontrollierenden und nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen im Sinne der FKVO, da rein finanzielle Beteiligungen vor allem die Anreize des Beteiligungsunternehmens beeinflussen, mit dem verbundenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten, wohingegen im Falle strategischer Einflussnahme, vorwiegend die Anreize des Zielunternehmens betroffen sind, mit dem verbundenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten.

613. Die möglichen unilateralen und koordinierten Wettbewerbseffekte von Minderheitsbeteiligungen zwischen Wettbewerbern wurden unter anderem bereits 2008 von der OECD und 2010 im Auftrag der britischen Kartellbehörde erörtert und zusammengefasst.[11] Über die Möglichkeit hinaus, wettbewerbsrelevante Entscheidungen aktiv zu beeinflussen, sind im vorliegenden Kontext insbesondere solche Effekte von Interesse, welche bereits aus passiven, rein finanziellen Beteiligungen ohne jegliches Element strategischer Einflussnahme, resultieren können:

- Ein Minderheitsgesellschafter könnte beispielsweise Preiserhöhungen und/oder Mengenanpassungen zu ungunsten seines unmittelbaren Gewinns vornehmen, wenn die ihm daraus entstehenden Verluste durch seinen Anteil an entsprechenden Gewinnzuwächsen beim Zielunternehmen überkompensiert würden. In umgekehrter Weise verliert die Investition des Gesellschafterunternehmens an Wert, sobald dieses wettbewerbsintensivierende Maßnahmen auf Kosten des Zielunternehmens ergreift. In beiden Fällen wären die Anreize des Gesellschafterunternehmens zu wettbewerblichem Verhalten durch ein bestehendes finanzielles Interesse negativ beeinflusst.
- Minderheitsbeteiligungen können darüber hinaus ausdrückliche oder stillschweigende Kollusion erleichtern, indem sie dem erwerbenden Unternehmen Zugang zu nicht-öffentlichen wettbewerbsrelevanten Informationen über das Zielunternehmen verschaffen. Diese können, durch eine Erhöhung der Transparenz, ein koordiniertes Vorgehen erleichtern und gleichzeitig die Möglichkeit der Aufdeckung abweichenden Verhaltens bzw. eine Sanktionierung desselben verbessern. Diese Möglichkeit kann insbesondere dann von Bedeutung

---

8 Die Begrifflichkeit strategische Einflussnahme wird im Rahmen dieses Kapitels im allgemeinen Wortsinn gebraucht und stellt kein Rechtsbegriff dar.

9 Vgl. Art. 3 Abs. 2 FKVO sowie EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. C43 vom 21. Februar 2009, S. 10.

10 Vgl. hierzu Salop, S.C./O'Brian, D.P., Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, Antitrust Law Journal 67(3), 2000, S. 559-614.

11 Vgl. OECD, Policy Roundtables, Minority Shareholdings 2008, DAF/COMP(2008)30, 23.6.2009 und Office of Fair Trading, Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd, OFT1218, 2010; Siehe auch Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 805 ff.

sein, wenn das Zielunternehmen nicht börsennotiert ist und damit vergleichsweise weniger umfassenden Veröffentlichungspflichten unterliegt.

- Des weiteren könnten Minderheitsbeteiligungen übrigen Marktteilnehmern signalisieren, dass eine gewisse Absicht des jeweiligen Investors besteht, mit dem konkurrierenden Zielunternehmen in Zukunft in weniger starken Wettbewerb zu treten.

614. Die Europäische Kommission widmet sich 2014 in einem Weißbuch zur Wirksamkeit der EU-Fusionskontrolle neben den Wettbewerbseffekten von Minderheitsbeteiligungen zwischen Wettbewerbern auch jenen durch Minderheitsbeteiligungen in Vertikalverhältnissen, also entlang einer Wertschöpfungskette.[12] Vertikale Unternehmensverbindungen, von vertraglichen Vereinbarungen bis hin zur Vollintegration, werden in der ökonomischen Theorie im Allgemeinen durch die damit verbundene Lösung von ökonomischen Problemen erklärt. Durch die Reduzierung von Transaktionskosten, die Sicherstellung von Zulieferungen und eine insgesamt bessere Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit können sich vertikale Verbindungen effizienz- und damit wohlfahrtssteigernd auswirken.[13] Dies trifft grundsätzlich auch auf Minderheitsbeteiligungen zu.[14]

615. Es besteht allerdings sowohl in der ökonomischen Theorie als auch der Kartellrechtspraxis weitgehend Einigkeit darüber, dass vertikale Unternehmensverbindungen ebenfalls das Potenzial für negative Wettbewerbswirkungen aufweisen. Diese sind z. B. dann zu erwarten, wenn es ein Vertikalverhältnis durch strategische Einflussnahme ermöglicht, die Kosten der Wettbewerber – auf der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe – zu erhöhen. Auf diese Weise könnten Wettbewerber aus dem Markt gedrängt und der Marktzugang von potenziellen Wettbewerbern erschwert werden. Im Kontext vertikaler Minderheitsbeteiligungen werden insbesondere sogenannte Marktabschottungseffekte diskutiert, da diese sogar wahrscheinlicher sein können, wenn statt einer mehrheitlichen, lediglich eine partielle Beteiligung besteht.[15]

616. Im Falle einer Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen auf einer vorgelagerten Wertschöpfungsstufe (partielle Rückwärtsintegration) können Anreize zur Marktabschottung auf Ebene der Vorleistungen bestehen. Durch ein Mindestmaß an strategischer Einflussnahme könnte der Gesellschafter seine Konkurrenten zu nachteiligen Konditionen beliefern lassen oder sie ganz vom Vorleistungsbezug des vorgelagerten Zielunternehmens abschotten. Das vorgelagerte Zielunternehmen müsste hierfür über eine gewisse Marktmacht verfügen. Von Bedeutung ist in einem solchen Szenario, dass der Anteilshalter vor allem dann ein Interesse an der Input-Abschottung hat, wenn die dem Zielunternehmen daraus resultierenden Verluste die zusätzlichen Gewinne des Gesellschafters nicht übersteigen. Zur Erfüllung dieses Kriteriums kann der Umstand beitragen, dass bei einer Minderheitsbeteiligung lediglich ein – womöglich sehr geringer – Anteil der Verluste des Zielunternehmens vom Anteilshalter mitgetragen wird. Es wird hier deutlich, dass eine strategische Marktabschottung nicht ohne jegliche Einflussnahme möglich ist, die finanzielle Beteiligung jedoch gering ausfallen kann. Für die Möglichkeit, über eine kapitalmäßige Minderheitsbeteiligung strategischen Einfluss auszuüben, ist beispielsweise von Bedeutung, wie sich die übrigen Anteile auf andere Gesellschafter verteilen, oder etwas genauer, ob diese sich in Streubesitz befinden oder sich auf einen oder wenige andere Gesellschafter konzentrieren, da sich hiernach in der Regel das Stimmgewicht eines Minderheitsgesellschafters bestimmt.[16]

---

[12] EU-Kommission, Towards more effective EU merger control, White Paper, COM(2014) 449 final, 9.7.2014; Siehe auch das Begleitdokument EU-Kommission, Impact Assessment, Commission Staff Working Document accompanying the document towards more effective EU merger control, SWD(2014) 217 final, 9.7.2014.

[13] Für eine detailliertere Erläuterung spezifischer Probleme und Lösungsstrategien vgl. unter anderem Motta, M., Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge u. a. 2004, Kap. 6.

[14] Vgl. unter anderem Dasgupta, S./Tao, Z., Bargaining, Bonding, and Partial Ownership, International Economic Review 41(3), 2000, S. 609-635; Aghion, P./Tirole, J., The Management of Innovation, Quarterly Journal of Economics 109(4), 1994, 1185-1209.

[15] Vgl. zu Abschottungseffekten durch aktive Minderheitsbeteiligungen Gilo, D./Levy, N./Spiegel, Y., Partial Vertical Integration, Ownership Structure and Foreclosure, Working Paper, 27.Febraur 2014, http://www.fas.nus.edu.sg/ecs/events/seminar/seminar-papers/24Mar14.pdf, Abruf am 29. Juni 2016; Baumol, W./Ordover, J., On the Perils of Vertical Control by a Partial Owner of a Downstream Enterprise, Revue d'économie Industrielle 69(3), 1994, S. 7-20.

[16] Zudem sind Abweichungen vom Prinzip der Einheitsaktie zu beachten, die ein auseinanderfallen von Kapital- und Stimmrechtsanteilen bedeuten können.

617. Aber auch passive Minderheitsbeteiligungen an vorgelagerten Anbietern haben das Potenzial, sich negativ auf den Wettbewerb im nachgelagerten Markt auszuwirken. Da ein nachgelagerter Gesellschafter nicht nur an den Verlusten, sondern auch an den Gewinnen anteilig beteiligt ist, könnte ein Anreiz bestehen Letztere positiv zu beeinflussen. Dies kann – ohne direkten strategischen Einfluss auf das Zielunternehmen – mittelbar über höhere Preise von Wettbewerbern geschehen, welche ebenfalls Vorleistungen des vorgelagerten Zielunternehmens beziehen, indem der Gesellschafter seine Preise erhöht. Dies kann zu Preissteigerungen sowohl im nachgelagerten als auch im vorgelagerten Markt führen.[17]

618. Im Falle einer Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen auf einer nachgelagerten Wertschöpfungsstufe (partielle Vorwärtsintegration) können Anreize zur Marktabschottung auf Ebene der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe bestehen. Der oben beschriebenen Logik folgend könnte sich die Abschottung von Wettbewerbern von der Nachfrage durch das nachgelagerte Zielunternehmen für den Minderheitsgesellschafter lohnen, weil der daraus womöglich für das Zielunternehmen resultierende Gewinnrückgang vom Anteilshalter lediglich anteilig mitgetragen werden muss. Wie bereits im Falle einer partiellen Rückwärtsintegration ist für die sogenannte Kundenabschottung allerdings ein Mindestmaß an strategischer Einflussnahme vonnöten. Handelt es sich bei der partiellen Vorwärtsintegration ausschließlich um eine finanzielle Beteiligung, so könnte der Minderheitsgesellschafter ein Interesse an einer Gewinnsteigerung des Zielunternehmens haben, wenn seine anteilige Gewinnbeteiligung eigene Renditeeinbußen überkompensiert. Z. B. könnte dies mittelbar über eine exklusive Preissenkung geschehen. Eine solche Preisdiskriminierung könnte in diesem Zusammenhang kartellrechtlich zulässig sein. Es dürfte auch kein Fall einer Kosten-Preis-Schere (margin squeeze) vorliegen, da die beteiligten Unternehmen nicht vollständig integriert sind. Eine nicht-exklusive Preissenkung könnte hier allerdings auch zum gegenteiligen Ergebnis führen und den Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt und gegebenenfalls auch dem nachgelagerten Markt eher intensivieren denn abschwächen.

619. Es besteht jedoch eine zusätzliche Möglichkeit, wie eine Abschottung von Wettbewerbern in vor- sowie nachgelagerten Märkten bewirkt oder zumindest positiv beeinflusst werden kann, ohne dass der vor- oder nachgelagerte (passive) Minderheitsgesellschafter strategischen Einfluss auf das Zielunternehmen ausübt: Wenn über Lieferbeziehungen von Wettbewerbern mit dem Zielunternehmen sensible Informationen an den passiven Minderheitsgesellschafter gelangen könnten, womit ein Anreiz der Wettbewerber des Gesellschafters besteht, eben diese Lieferbeziehungen nicht einzugehen.[18]

620. Während unstrittig ist, dass Minderheitsbeteiligungen im Allgemeinen, und selbst rein finanzielle Minderheitsbeteiligungen im Speziellen, negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität haben können, so ist ebenso unstrittig, dass dies mitnichten zwangsläufig der Fall ist. Vielmehr hängt die Wahrscheinlichkeit der geschilderten Effekte wesentlich von begleitenden Faktoren, wie etwa Zugangsmöglichkeiten und Konzentrationsgrad des jeweiligen Marktes, den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen sowie dem Grad der Produktdifferenzierung ab. Zudem erfordert eine umfassende Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen zwingend die Berücksichtigung von möglichen Effizienzvorteilen, die den wettbewerbsschädlichen Effekten gegenüberzustellen sind. Z. B. kann es sich hierbei um eine Diversifizierung von Kosten und Risiken, eine Erleichterung beim Zugang zu neuen Märkten und Vorteile bei gemeinsamer Forschung und Entwicklung handeln. Dies betrifft insbesondere vertikalen Beteiligungen. In Bezug auf horizontale Beteiligungen kommt eine – im Auftrag der britischen Kartellbehörde durchgeführte – Untersuchung zu dem Ergebnis, dass horizontalen Minderheitsbeteiligungen zwischen Wettbewerbern in der Regel keine besondere Motivation zur Effizienzsteigerung zugrunde liegt.[19]

621. Der Umstand, dass sich die Schadenstheorien zu aktiven und passiven vertikalen Minderheitsbeteiligungen lediglich auf spezifische Konstellationen beziehen und von einer Reihe – nicht abschließend definierter – Faktoren ab-

---

[17] Vgl. hierzu Hunold, M./Röller, L.H./Stahl, K., Vertical Integration and Strategic Delegation, Discussion Paper 27. Oktober 2014, http://www.disei.unifi.it/upload/sub/pubblicazioni/seminari/pdf-seminari/stahl.pdf, Abruf am 29. Juni 2016; Greenlee P./Raskovich, A., Partial vertical ownership, European Economic Review 50(4), 2006, S. 1017-1041.

[18] EU-Kommission, Impact Assessment, Commission Staff Working Document accompanying the document towards more effective EU merger control, SWD(2014) 217 final, 9. Juli 2014, Tz. 31.

[19] Vgl. Office of Fair Trading, Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd, OFT1218, 2010, S. 10.

hängen, lässt empirischen Ergebnissen einige Bedeutung zukommen. Jedoch liegen nur sehr wenige empirische Studien zu den wettbewerblichen Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen vor. So wurde im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum entsprechenden Weißbuch der Europäischen Kommission eine Anpassung der FKVO unter anderem deswegen abgelehnt, weil die verfügbare empirische Evidenz unzureichend sei.[20] Eine Fallstudie zu passiver partieller Rückwärtsintegration ist an dieser Stelle allerdings zu nennen: Gans und Wolak (2012) untersuchen einen derartigen Fall im australischen Strommarkt aus dem Jahr 2004, welcher aus kartellrechtlicher Sicht zunächst keinen Anlass für Bedenken gegeben hatte. Als Ergebnis ihrer quantitativen Analyse dokumentieren sie jedoch hierdurch verursachte signifikante Preisanstiege.[21]

3 Datengrundlage

3.1 Finanz- und Beteiligungsinformationen der ORBIS-Unternehmensdatenbank

622. Wie bereits in ihrem XX. Hauptgutachten verwendet die Monopolkommission für die Untersuchung von Minderheitsbeteiligungen eine europäische Unterstichprobe der Orbis-Unternehmensdatenbank des privaten Anbieters Bureau van Dijk. Insgesamt beinhaltet die Orbis-Datenbank Informationen zu über 170 Mio. Unternehmen weltweit, welche in themenspezifischen Modulen zusammengefasst sind. Die von der Monopolkommission verwendeten detaillierten Informationen zu Finanzkennzahlen werden durch nationale Vertragspartner des Datenanbieters aus Handelsbilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen gesammelt und vor dem Hintergrund internationaler Vergleichbarkeit in einem standardisierten Format aufbereitet. Dies ermöglicht eine grenzübergreifende mikrodatenbasierte Untersuchung von Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen, die mit Daten nationaler statistischer Ämter nicht mit vergleichbarem Aufwand durchführbar ist. Darüber hinaus ergeben sich weitere Vorteile der verwendeten Daten gegenüber amtlichen Statistiken: Unter anderem herrscht eine oft bessere Verfügbarkeit von Informationen zu einzelnen Unternehmen über einen längeren Zeitraum, da der Berichtskreis in amtlichen Erhebungen in der Regel nach einigen Jahren wechselt, um die Belastung der befragten Unternehmen durch die Beantwortung der Fragebögen zu reduzieren. Auch ist die Anzahl verfügbarer Variablen weitaus größer. Insgesamt wird somit eine auswirkungsorientierte Analyse und die Anwendung zeitgemäßer mikroökonometrischer Methodik ermöglicht.[22] Nachteile ergeben sich vor allem daraus, dass es sich bei der verwendeten Datenbasis weder um eine Vollerhebung handelt, noch ihr eine repräsentative Stichprobenziehung zugrunde liegt, womit Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenspopulation nur eingeschränkt möglich sind. Allerdings zeigt eine Gegenüberstellung der in den Daten erfassten Umsätze, mit Umsatzschätzungen von Eurostat für das produzierende Gewerbe auf Länderebene, dass die Abdeckungsquote in immerhin 24 der 30 Länder über 50 Prozent liegt, in 17 Ländern über 70 Prozent und in 12 Ländern über 80 Prozent.[23] Zudem erfordern insbesondere Längsschnittanalysen eine aufwendige Datenaufbereitung.[24]

623. Die Monopolkommission hat ihre Datengrundlage für die nachfolgenden Analysen wesentlich erweitert. Umfasste die aufbereitete Datenbasis im XX. Hauptgutachten noch lediglich börsennotierte Unternehmen in 17 ausge-

[20] Vgl. EU-Kommission, Summary of replies to the public consultation on the White Paper “Towards more effective EU merger control”, 16. März 2015, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/summary_of_replies.pdf, Tz. 5, Abruf am 29. Juni 2016.

[21] Gans, J. S./Wolak, F. A., A Comparison of Ex Ante versus Ex Post Vertical Market Power: Evidence from the Electricity Supply Industry, SSRN Working Paper, 23. April 2012, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1288245, Abruf am 29. Juni 2016. Für eine Fallstudie zu aktiven vertikalen Minderheitsbeteiligungen vgl. Reiffen, D., Partial Ownership and Foreclosure: An Empirical Analysis, Journal of Regulatory Economics 13(3), 1998, S. 227-244.

[22] Aus denselben Gründen wurde die Orbis Datenbank beispielsweise auch für Analysen der OECD aufbereitet. Vgl. Pinto Ribeiro, S./Menghinello, S./De Backer, K., The OECD ORBIS Database: Responding to the Need for Firm-Level Micro-Data in the OECD, OECD Statistics Working Papers 2010/01, 25. März 2010.

[23] Vgl. Tabelle B.1 im Anhang zu diesem Kapitel.

[24] Vgl. Gliederungspunkt 5.4 sowie Kalemli-Özcan, Ş. u. a., How to construct nationally Representative Firm Level Data from the ORBIS Global Database, Tinbergen Institute Discussion Paper TI 2015-110/IV, September 2015.

wählten europäischen Ländern, so erfasst sie nunmehr zusätzlich nicht börsennotierte Unternehmen jeglicher Größenklassen in EU-28 Mitgliedstaaten zuzüglich Norwegen und der Schweiz.[25] Für die empirischen Analysen im XXI. Hauptgutachten standen für den Zeitraum 2006-2013 insgesamt rund 4 Mio. Abschlüsse von rund 710.000 Unternehmen und Konzernen auf konsolidierter Ebene zur Verfügung, wohingegen es für den Zeitraum 2005-2011 im XX. Hauptgutachten lediglich rund 5.400 Unternehmen waren. Für Deutschland ist die Anzahl der – auf konsolidierter Ebene – analysierten Unternehmen beispielsweise von etwa 700 auf rund 130.000 gestiegen. Diese Erweiterung steigert die Repräsentativität der verwendeten Stichprobe und der Aussagekraft der darauf beruhenden Auswertungen erheblich. Zudem wurden alle Informationen zusätzlich auf der Ebene unkonsolidierter Einzelabschlüsse aufbereitet, um Problemen entgegenzuwirken, welche sich bei spezifischen Fragestellungen aus der Perspektive konsolidierter Konzerne ergeben. Beispielsweise würden auf Grundlage konsolidierter Abschlüsse alle Tochterunternehmen dem Wirtschaftsbereich zugeordnet, in welchem die Konzernmutter schwerpunktmäßig ihren Umsatz erzielt. Da die Tochterunternehmen jedoch in gänzlich anderen Bereichen tätig sein können, ist eine Zuordnung nach Einzelabschlüssen in diesem Falle wesentlich präziser. Steht dagegen z. B. der Grad der Verflechtung über Minderheitsbeteiligungen zwischen ansonsten unabhängigen Unternehmen im Fokus, so würde eine Analyse auf Tochterbene diese überschätzen. Für Analysen auf Ebene von nicht-konsolidierten Einzelabschlüssen standen der Monopolkommission insgesamt etwa 7,4 Mio. Abschlüsse von 1,4 Mio. Unternehmenseinheiten zur Verfügung. Bezogen auf Deutschland waren es etwa 870.000 Abschlüsse für 220.000 Unternehmen. Eine Übersicht zu den Fallzahlen der verwendeten Datenbasis nach Ländern bietet Tabelle III.1.

624. Die verwendete Datenbasis umfasst Unternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt im produzierenden sowie dem Dienstleistungsgewerbe. Eine Übersicht zu den Fallzahlen nach Wirtschaftsbereichen bietet Tabelle III.2. Unternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt in den Bereichen K und P-U der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE Rev. 2) wurden von der Analyse ausgeschlossen.[26] Die Monopolkommission weist darauf hin, dass es sich bei der verwendeten Wirtschaftszweigklassifikation nicht um wettbewerblich relevante Märkte handelt, da diese auf Grundlage der verfügbaren Informationen weder in räumlicher noch in sachlicher Dimension adäquat abgegrenzt werden können. Zudem wird ein Unternehmen einem jeweiligen Wirtschaftszweig nach seinem Umsatzschwerpunkt zugeordnet, womit eine Tätigkeit in mehreren Bereichen keine Berücksichtigung findet. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit mit Untersuchungen des XX. Hauptgutachtens wurden einige Wirtschaftszweige der NACE Rev. 2 2-Steller Ebene zusammengefasst dargestellt.

625. Informationen zu Eigentumsverhältnissen und Gesellschaftern einzelner Unternehmen wurden von Bureau van Dijk in einem separaten Modul bezogen. Die Monopolkommission verwendet in ihren Analysen jährliche stichtagsbezogene Informationen zur Eigentümerstruktur aus historischen Zeitständen der Orbis-Datenbank. Somit werden Veränderungen der Eigentümerstruktur im Zeitverlauf beobachtbar und Auswirkungen einzelner Beteiligungen messbar. Zu diesem Zweck wurden zunächst relevante Minderheitsbeteiligungen in den verfügbaren Informationen auf Beteiligungsebene in den jeweiligen Jahresquerschnitten identifiziert und auf Unternehmensebene aggregiert. Als relevante Minderheitsbeteiligungen wurden zunächst all jene Kapitalbeteiligungen definiert, die einen Schwellenwert von 50 Prozent des Gesamtkapitals nicht überschreiten. Weiterhin wurden Beteiligungen zwischen Einheiten von der Auswahl ausgeschlossen, die letztlich – direkt oder indirekt – von derselben institutionellen Einheit mehrheitlich kontrolliert werden, da in diesen Fällen auch ohne Vorliegen einer direkten Beteiligung eine strategische Abstimmung als wahrscheinlich gilt.[27] Zusätzlich wurden Beteiligungen ausgeklammert, bei welchen die Anteilseigner institutionelle Inves-

---

[25] Zu beachten gilt hier, dass sowohl Unternehmen aus Bulgarien und Rumänien als auch aus Kroatien erfasst werden, obschon diese Länder erst seit 2007 bzw. 2013 EU-Mitgliedstaaten sind. Weiterhin wurden Zypern und Malta aufgrund zu geringer bzw. unplausibler Umsatzabdeckungsraten von der Analyse ausgeschlossen.

[26] Hierbei handelt es sich um die Bereiche Finanz- und Versicherungsdienstleistungen (K), Erziehung und Unterricht (P), Gesundheits- und Sozialwesen (Q), Kunst, Unterhaltung und Erholung (R), Erbringung von sonstigen Dienstleistungen (S), private Haushalte mit Hauspersonal; Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen durch private Haushalte für den Eigenbedarf ohne ausgeprägten Schwerpunkt (T) und Exterritoriale Organisationen und Körperschaften (U).

[27] Vgl. zum Konzept der letzten kontrollierenden institutionellen Einheit Verordnung (EG) Nr. 716/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 zu gemeinschaftlichen Statistiken über die Struktur und Tätigkeit von Auslandsunternehmenseinheiten ABl. EU L171 vom 29. Juni 2007, S. 17-31.

toren – wie etwa Banken, Versicherungen und Fondsgesellschaften – oder natürliche Personen sind, welche grundsätzlich kein strategisches Interesse an den jeweiligen Zielunternehmen haben, welches über ein reines Gewinninteresse hinausgeht. Um im Sinne der Diskussion im Rahmen der FKVO zusätzlich eine approximative Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Minderheitsbeteiligungen vornehmen zu können, wurden separat solche Minderheitsbeteiligungen als tendenziell passiv identifiziert, bei deren Zielunternehmen der Anteil mindestens eines weiteren Anteilseigners, den der betrachteten Beteiligung übersteigt oder das Zielunternehmen über indirekte Beteiligungen mehrheitlich kontrolliert wird.

Tabelle III.1: Fallzahlen und Verteilung nach Ländern im Beobachtungszeitraum 2006-2013

Land	Konsolidierte Ebene		Unkonsolidierte Ebene	
	Anzahl	%	Anzahl	%
Österreich	49.343	1,23	88.815	1,20
Belgien	51.632	1,28	123.881	1,67
Bulgarien	57.354	1,43	94.461	1,27
Schweiz	195.478	4,86	589.760	7,95
Tschechien	100.113	2,49	170.548	2,30
Deutschland	518.305	12,90	868.551	11,72
Dänemark	7.773	0,19	18.504	0,25
Estland	18.700	0,47	38.355	0,52
Spanien	558.457	13,90	1.099.891	14,84
Finnland	60.844	1,51	123.632	1,67
Frankreich	707.350	17,60	987.030	13,31
Vereinigtes Königreich	105.747	2,63	287.634	3,88
Griechenland	87.286	2,17	113.186	1,53
Kroatien	32.794	0,82	51.609	0,70
Ungarn	92.561	2,30	121.864	1,64
Irland	5.955	0,15	13.059	0,18
Italien	668.745	16,64	1.226.805	16,55
Litauen	27.064	0,67	35.042	0,47
Luxemburg	3.574	0,09	4.933	0,07
Lettland	19.149	0,48	36.093	0,49
Niederlande	33.983	0,85	29.415	0,40
Norwegen	62.133	1,55	233.597	3,15
Polen	160.604	4,00	242.451	3,27
Portugal	120.909	3,01	227.007	3,06
Rumänien	109.726	2,73	159.882	2,16
Schweden	100.113	2,49	320.852	4,33
Slowenien	20.529	0,51	35.071	0,47
Slowakei	42.245	1,05	72.034	0,97
Insgesamt	4.018.466	100,00	7.413.962	100,00

Anmerkungen: Angaben auf konsolidierter Ebene enthalten konsolidierte Abschlüsse, soweit solche für Unternehmenseinheiten vorliegen und Abschlüsse von Unternehmen, die nicht konsolidiert werden. Auf unkonsolidierter Ebene werden neben Abschlüssen von nicht-konsolidierten Unternehmen lediglich Einzelabschlüsse erfasst

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

626. Insbesondere bei der Unterscheidung von passiven und aktiven Minderheitsbeteiligungen wird deutlich, dass eine Kategorisierung über Kapitalanteile lediglich näherungsweise erfolgen kann und grundsätzlich keine Einzelfallprüfung ersetzt. Um den strategischen Einfluss eines Anteilseigners auf sein Zielunternehmen beurteilen zu können, sind vor allem seine Stimmrechtsanteile von Bedeutung, die von den gehaltenen Kapitalanteilen abweichen können. Da Stimmrechtsanteile in den verwendeten Daten jedoch nicht separat erfasst werden, muss behelfsweise eine Deckung von diesen mit Kapitalanteilen angenommen werden. Diese Annahme stellt allerdings in der Tat den Regelfall dar.[28]

Tabelle III.2: Fallzahlen und Verteilung nach Wirtschaftsbereichen im Beobachtungszeitraum 2006-2013

Wirtschaftsbereich	Konsolidierte Ebene		Unkonsolidierte Ebene	
	Anzahl	%	Anzahl	%
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	91.620	2,28	164.119	2,21
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	23.680	0,59	40.013	0,54
Verarbeitendes Gewerbe:				
Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabak	136.916	3,41	204.165	2,75
Herstellung von Textilien	87.496	2,18	120.680	1,63
Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung	110.403	2,75	160.230	2,16
Herstellung chemischer Erzeugnisse	40.512	1,01	63.291	0,85
Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse	10.030	0,25	16.335	0,22
Herstellung von Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren	122.867	3,06	178.983	2,41
Metallerzeugung und -erzeugnisse	214.995	5,35	296.940	4,01
Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, optische und elektronische Ausrüstung	84.348	2,10	128.387	1,73
Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen	243.048	6,05	362.063	4,88
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	52.691	1,31	128.738	1,74
Handel	1.197.807	29,81	2.239.431	30,21
Gastgewerbe	144.141	3,59	257.230	3,47
Baugewerbe und Infrastruktur	801.421	19,94	1.376.772	18,57
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	60.912	1,52	120.056	1,62
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	80.284	2,00	157.401	2,12
Grundstücks- und Wohnungswesen	105.849	2,63	532.441	7,18
Sonstige Dienstleistungen	409.446	10,19	866.687	11,69
Insgesamt	4.018.466	100,00	7.413.962	100,00

Anmerkungen: Die Zuordnung der Wirtschaftsbereiche basiert auf der Klassifikation NACE Rev. 2 und nimmt die Bereiche für alle Unternehmen als konstant für die Jahre 2006-2008 an. Angaben auf konsolidierten Ebene enthalten konsolidierte Abschlüsse, soweit solche für Unternehmenseinheiten vorliegen und Abschlüsse von Unternehmen, die nicht konsolidiert werden. Auf unkonsolidierter Ebene werden neben Abschlüssen von nicht-konsolidierten Unternehmen lediglich Einzelabschlüsse erfasst

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

627. Schließlich wurden die Beteiligungsinformationen nach den betroffenen Unternehmen und den jeweiligen Beobachtungsjahren zusammengefasst und mit den Finanzdaten dieser Unternehmen verknüpft. Da sich die Informationen zur Eigentümerstruktur allerdings lediglich auf die Anteilseigner des jeweiligen Unternehmens beziehen, müssen die Beteiligungsinformationen nicht nur den Zielunternehmen, sondern darüber hinaus, in einem weiteren Schritt,

---

[28] Vgl. hierzu z. B. Office of Fair Trading, Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd, OFT1218, 2010.

den jeweiligen Anteilshaltern zugespielt werden. Hier ist jedoch auf die Unterschätzung des Verflechtungsgrades hinzuweisen: In den Beteiligungsinformationen sowie Informationen zu den letztlich kontrollierenden institutionellen Einheiten wird zwar der globale Berichtskreis erfasst, also auch Anteilseigner, die außerhalb des europäischen Berichtskreises, der EU-28 Mitgliedstaaten zuzüglich Norwegen und der Schweiz, ansässig sind. Jedoch können für Unternehmen im europäischen Berichtskreis nur solche Beteiligungen berücksichtigt werden, die an Zielunternehmen gehalten werden, die sich ihrerseits im Berichtskreis befinden.

3.2 Identifikation von Wertschöpfungsstufen

628. Bei der Untersuchung wettbewerblicher Effekte durch Unternehmensverflechtungen spielt die Richtung dieser Verflechtungen in der jeweiligen Wertschöpfungskette eine wesentliche Rolle. Wie weiter oben ausgeführt, unterliegen vertikale Verbindungen anderen theoretischen Annahmen als horizontale und vertikale Rückwärtsintegration wiederum anderen Annahmen als vertikale Vorwärtsintegration. Jedwede empirische Untersuchung befindet sich hier in einem Dilemma: werden die Beteiligungen in Einzelfallprüfungen möglichst präzise den jeweiligen Typen zugeordnet, so bleibt die Analyse auf eine relativ geringe Fallzahl begrenzt und adäquate ökonometrische Methoden können in der Regel keine Anwendung finden. Umfasst die Analyse dagegen vergleichsweise viele Fälle und lässt dadurch eher Rückschlüsse auf die Allgemeingültigkeit der Ergebnisse zu, übersteigt eine einzelfallspezifische Zuordnung der Beteiligungen in der Regel die verfügbaren Ressourcen und muss daher nach einem Zuordnungsschema erfolgen, in welchem sich gewisse Ungenauigkeiten nicht vermeiden lassen. In ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission bereits eine Unterscheidung der Beteiligungstypen nach vertikalen und horizontalen Typen vorgenommen.[29] Um jedoch vertikale Minderheitsbeteiligungen präziser identifizieren zu können und zusätzlich die Richtung dieser Beteiligungen identifizieren zu können, wurde für die folgenden Analysen ein Zuordnungsschema auf Grundlage von harmonisierten Input-Output-Tabellen der EU-27 Mitgliedstaaten erstellt und angewendet. Die Monopolkommission folgt hiermit einem Ansatz aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, dessen Anwendung sich bisher jedoch auf Studien zu den USA und dem Vereinigten Königreich beschränkt hat.[30]

629. Input-Output-Tabellen sind Bestandteil der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung und bilden Güterströme zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen bzw. zur Herstellung einzelner Produkte in einem Land ab. Um die Beziehung zwischen Wirtschaftszweigen bezüglich ihrer gegenseitig erbrachten Vorleistungen für die Identifikation von vertikalen Verflechtungsbeziehungen zu nutzen, wurden symmetrische Input-Output-Tabellen von Eurostat für alle EU-27 Mitgliedstaaten auf Grundlage der europäischen Produktklassifizierung CPA verwendet. Die aktuellsten Daten in einheitlicher Klassifikation umfassen die Jahre 2008-2011. Zunächst wurden die Produktcodes in die NACE Rev. 2 Wirtschaftszweigklassifikation übertragen und aus den 64 verfügbaren Wirtschaftszweigen 4.096 Paare mit ihren wechselseitigen pekuniären Leistungsflüssen gebildet.[31] Insgesamt ergeben sich hieraus 32.768 Beobachtungen.

630. Auf Grundlage dieser Datenbasis konnten in der Wertschöpfungskette vor- und nachgelagerte Wirtschaftszweige identifiziert werden. Aus einer Input-Perspektive wurde Wirtschaftszweig A als Wirtschaftszweig B vorgelagert angenommen, wenn die von Wirtschaftszweig B aus Wirtschaftszweig A bezogenen durchschnittlichen Vorleistungen mindestens fünf Prozent der insgesamt im Durchschnitt von Wirtschaftszweig B bezogenen Vorleistungen betrugen. Bezog jedoch Wirtschaftszweig A ebenfalls mindestens fünf Prozent seiner Vorleistungen aus Wirtschaftszweig B, so muss eine eindeutige Zuordnung unterbleiben. Durch die Verwendung von Durchschnittswerten über den Beobachtungszeitraum werden jahresspezifische Schwankungen ausgeglichen. Die Festlegung eines Schwellenwertes von fünf Pro-

---

29 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 534.

30 Vgl. Acemoglu, D. u. a., Vertical Integration and Technology: Theory and Evidence, Journal of the European Economic Association 8(3), 2010, S. 989-1033 für eine Untersuchung mit Daten des Vereinigten Königreichs und Atalay, E./Hortacsu, A./Syverson, C., Why do Firms own Production Chains?, NBER Working Paper No. 18020, April 2012; Matsusaka, J.G., Did Tough Antitrust Enforcement Cause the Diversification of American Corporations?, Journal of Financial and Qualitative Analysis 31(2), 1996, 283-294; McGuckin, R. H./Nguyen, S. V./Andrews, S.H., The Relationship Among Acquiring and Acquired Firms' Product Lines, Journal of Law and Economics 34(Oktober), 1991, S. 477-502; Fan, J. P. H./Goyal, V. K., On the Patterns and Wealth Effects of Vertical Mergers, Journal of Business 79(2), S. 877-902 für Untersuchungen mit Daten der USA.

31 Informationen sind lediglich auf der NACE Rev. 2 2-Steller Ebene verfügbar und zudem werden einige Wirtschaftszweige aggregiert ausgewiesen.

zent erfolgt zu einem gewissen Grad willkürlich, ist jedoch in der Literatur verbreitet. Schlussendlich wurden die Informationen zu den relativen Leistungsflüssen zwischen Wirtschaftszweigpaaren über die einheitliche Wirtschaftszweigklassifikation dem Beteiligungsdatensatz zugespielt und auf Unternehmensebene aggregiert.

631. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass sich bei der oben erläuterten Vorgehensweise zur Klassifikation von Unternehmensverflechtungen Ungenauigkeiten ergeben. Durch den Umstand, dass Leistungsflüsse von Eurostat lediglich auf der NACE Rev. 2 2-Steller Ebene verfügbar sind, wird der Anteil vertikaler Beteiligungen unterschätzt. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Der Wirtschaftszweig 29 „Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen“ beinhaltet die drei Untergruppen „Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenmotoren“ (29.1), „Herstellung von Karosserien, Aufbauten und Anhängern“ (29.2) und „Herstellung von Teilen und Zubehör für Kraftwagen“ (29.3). Auf Wirtschaftszweig 2-Steller Ebene wird keine Beteiligung zwischen den genannten Untergruppen als vertikal klassifiziert und somit werden Zulieferbeziehungen womöglich nicht als solche erkannt. Eine feingliedrigere Verfügbarkeitsebene der Leistungsflüsse wäre hier wünschenswert. Weiterhin wurden lediglich direkte Austauschbeziehungen ersten Grades berücksichtigt und damit vertikale Beziehungen vernachlässigt, die sich über mehr als eine Wertschöpfungsstufe erstrecken und/oder für welche der (Groß-)Handel eine Mittlerrolle übernimmt.

632. Wenn alle Beteiligungen als horizontal klassifiziert würden, die nach der oben beschriebenen Vorgehensweise nicht als vertikal identifiziert werden können, so würde die Anzahl horizontaler Beteiligungen systematisch überschätzt. Um dieser Überschätzung entgegenzuwirken, wurden horizontale Verbindungen nur dann als solche identifiziert, wenn die involvierten Unternehmen ihren Umsatzschwerpunkt in demselben 4-Steller Wirtschaftszweig haben. Dem oben genannten Beispiel folgend werden somit Verbindungen zwischen den drei Untergruppen auf 3-Steller Ebene des Wirtschaftszweigs 29 „Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen“ nicht – womöglich fälschlicher Weise – als horizontal klassifiziert. Im Wirtschaftsbereich „Herstellung von Teilen und Zubehör für Kraftwagen“ (29.3) beispielsweise gelten horizontale Beteiligungen nur dann als identifiziert, wenn beide Unternehmen schwerpunktmäßig im Bereich „Herstellung elektrischer und elektronischer Ausrüstungsgegenstände für Kraftwagen“ (29.31) oder im Bereich „Herstellung von sonstigen Teilen und sonstigem Zubehör für Kraftwagen“ (29.32) operieren. Beteiligungen, welche nach der erläuterten Vorgehensweise nicht eindeutig zugeordnet werden können, werden aus der weiteren Analyse ausgeklammert.

4 Lerner-Index als Wettbewerbsmaß

633. Verfügt ein Unternehmen über die Möglichkeit, seine Produkte zu Preisen über deren Grenzkosten abzusetzen, so verfügt dieses Unternehmen über Marktmacht. Bei vollkommenem Wettbewerb dagegen entsprechen die Produktpreise deren Grenzkosten, weil somit gerade die Produktionskosten der letzten produzierten Einheit gedeckt werden. Die Differenz von Preisen zu Grenzkosten stellt damit einen geeigneten Indikator für die Preissetzungsmacht eines Unternehmens dar. Allerdings gilt hier zu berücksichtigen, dass auf realen Märkten in der Regel kein vollkommener Wettbewerb beobachtet werden kann, sondern – beispielsweise aufgrund von Fixkosten und Produktheterogenität – für jedes Unternehmen eine gewisse Markmacht angenommen werden muss.

634. Der sogenannte Lerner-Index zur Messung der Wettbewerbsintensität (L) für ein spezifisches Unternehmen (i) basiert auf diesen Annahmen und definiert sich als Verhältniskennzahl der unternehmensspezifischen Gewinnaufschläge, als Differenz zwischen Preis und Grenzkosten (P_i - GK_i) zum jeweiligen Preis (P_i):

$$L_i = \frac{P_i - GK_i}{P_i}.$$

Der Index nimmt im Marktgleichgewicht bei vollständiger Konkurrenz demnach einen Wert von Null an und impliziert in allen Fällen von $L_i > 0$, dass ein Unternehmen über einen gewissen Preissetzungsspielraum und damit Marktmacht

verfügt.[32] Die unternehmesspezifischen Werte des Lerner-Index können weiter zu einem aggregierten Wettbewerbsmaß (C) für einen Markt oder Wirtschaftszweig (j) zusammengefasst werden, indem das arithmetische Mittel der Lerner Indices aller Anbieter (N) bestimmt wird:

$$C_j = 1 - \left(\frac{1}{N_j}\right) \sum L_i.$$

Durch das Abziehen des Lerner-Maßes von 1 wird die Interpretation der Kennzahl vereinfacht, so dass gilt: je größer der Wert, desto höher die implizierte Wettbewerbsintensität.

635. Wettbewerbsmaße auf Grundlage des Lerner-Index sind in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur etabliert. Beispielsweise nutzen Aghion u. a. (2005) ein solches Maß zur empirischen Untersuchung des Zusammenhangs zwischen Wettbewerbsintensität und Innovationstätigkeit von Unternehmen und auch in einem 2011 veröffentlichten Abschlussbericht eines von der Europäischen Kommission geförderten Forschungsprojektes zur generellen Rolle industriepolitischer Maßnahmen für wirtschaftliche Wachstumsprozesse findet der Lerner-Index Anwendung als Indikator für die Wettbewerbsintensität.[33] Ein wesentlicher Vorteil des Lerner-Index gegenüber traditionellen Wettbewerbsmaßen, wie etwa Konzentrationsraten und Herfindahl Indizes, ist die weit weniger große Abhängigkeit von einer sachgerechten Marktabgrenzung, da dieser Indikator auf Unternehmensebene berechnet wird. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten Wettbewerbsmaße auf Grundlage des Lerner-Index ausgewiesen, konnte die Berechnung für das vorliegende Gutachten allerdings weiter verbessern, wie im nachfolgenden Abschnitt genauer erläutert wird.

4.1 Empirische Bestimmung des Lerner-Index

636. Eine empirische Bestimmung des Lerner-Index ist nicht unproblematisch. Wesentlicher Grund hierfür ist, dass die Grenzkosten eines Unternehmens in der Regel nicht bekannt sind, jedoch eine zentrale Größe zur Berechnung des Index darstellen. Daher muss es sich bei einer jeden empirischen Bestimmung von grenzkostenbasierten Wettbewerbsmaßen um eine adäquate Annäherung handeln. Die Monopolkommission approximiert den Lerner-Index in Anlehnung an Aghion u. a. (2005) als Umsatzrendite, da sich diese aus Bilanzkennzahlen auf Jahresabschlussbasis errechnen lässt.[34] Der Literatur folgend wird der Lerner-Index für Unternehmen i zum Beobachtungszeitpunkt t in der empirischen Anwendung demnach definiert als Verhältniskennzahl des operativen Gewinns abzüglich der Kapitalkosten zum Gesamtumsatz:

$$L_{it} = 1 - \left(\frac{Operativer\ Gewinn_{it} - Kapitalkosten_{it}}{Umsatz_{it}}\right).$$

637. Während sich unternehmensspezifische Informationen zu operativen Gewinnen und Umsätzen der Orbis-Datenbank entnehmen lassen, stehen keine unmittelbaren Informationen zu Kapitalkosten zur Verfügung. Aghion u. a. (2005) multiplizieren zur Bestimmung der individuellen Kapitalkosten den jeweiligen Kapitalstock mit einem einheitlichen Kostenterm in Höhe von 8,5 Prozent für alle Branchen und Beobachtungsperioden.[35] Anstatt diesen Kostenterm zu übernehmen, wie im letzten Hauptgutachten geschehen, hat die Monopolkommission erstmals eigene Berechnungen zu unternehmens- und periodenspezifischen Kapitalkosten in Anlehnung an die Berechnungsmethode von Nickell (1996) unternommen, um branchen- und unternehmensspezifischen Unterschieden sowie Veränderungen über die

---

[32] Vgl. Lerner, A., The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly, Review of Economic Studies 1(3), 1934, S. 157-175 und Elzinga, K.G./Mills, D. E., The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses, American Economic Review: Papers & Proceedings 101(3), 2011, S. 558-564.

[33] Vgl. Aghion, P. u. a., An Inverted-U Relationship, The Quarterly Journal of Economics 120(2), 2005, S. 701-728 und Aghion, P. u. a., Industrial Policy and Competition, GRASP Working Paper 17, Juni 2011, http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.221.744&rep=rep1&type=pdf, Abruf am 29. Juni 2016.

[34] Aghion, P. u. a., An Inverted-U Relationship, The Quarterly Journal of Economics 120(2), 2005, S. 701-728.

[35] Vgl. Aghion, P. u. a., a. a. O.

Zeit Rechnung zu tragen.[36] Dafür wurden die Kapitalkosten (c) als Summe des langfristigen Zinssatzes (r), der Abschreibungsrate (δ) und einer unternehmensspezifischen Risikoprämie (p) angenommen:

$$c = r + \delta + p.$$

638. Zur Ermittlung der Zinssätze wurden den Unternehmensdaten der Orbis-Datenbank Renditeinformationen zu den jeweiligen langfristigen Staatsanleihen für alle Jahre des Beobachtungszeitraums aus der AMECO-Datenbank der Europäischen Kommission zugespielt.[37] Branchenspezifische Abschreibungsraten wurden aus jährlichen Schätzungen der STAN-Datenbank der OECD zu geldwertmäßigen Abschreibungen auf Anlagevermögen nach Ländern und Wirtschaftszweigen und Schätzungen des Kapitalstocks berechnet.[38] Eine Übersicht der ermittelten Abschreibungsraten nach aggregierten Wirtschaftszweigen findet sich in Tabelle B.2 im Anhang. Für die Risikoprämie eines Unternehmens wurde aus den Informationen der Orbis-Datenbank zunächst auf Grundlage der gezahlten Fremdkapitalzinsen und der Gesamtverschuldung eine Zinsrate bestimmt, von welcher wiederum kurzfristige Zinsraten abgezogen wurden, welche aus der AMECO-Datenbank auf Länderebene zugespielt wurden. Schließlich wurden die unternehmensspezifischen Kapitalkosten auf Grundlage der erläuterten Variablen und des angegebenen Anlagevermögens berechnet und für die Berechnung des Lerner-Maßes verwendet. Es gilt zu beachten, dass Unternehmen, welche keine vollständigen Informationen zur Berechnung des Wettbewerbsmaßes aufweisen, aus der Analyse ausgeschlossen werden. Daher stehen für Auswertungen des Wettbewerbsmaßes weniger Fallzahlen zur Verfügung als für Analysen zur Verflechtungsintensität.

4.2 Empirische Befunde zur Wettbewerbsintensität

639. Abbildung III.1 zeigt, dass die durchschnittliche Wettbewerbsintensität der in Deutschland ansässigen Unternehmen im Beobachtungszeitraum relativ konstant verläuft.[39] Als Maß für die Wettbewerbsintensität wird der Lerner-Index gemäß Abschnitt 4.1 verwendet. Lediglich mit Beginn der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahre 2008 steigt auch die Wettbewerbsintensität leicht an, um 2010 wieder auf Vorkrisenniveau abzufallen. Ein solcher Ausschlag erscheint angesichts einer einbrechenden Nachfrage nachvollziehbar. Allerdings ist anzumerken, dass der verwendete bilanzdatenbasierte Wettbewerbsindikator zum Teil schlicht konjunkturelle Schwankungen widerspiegeln kann. Im Vergleich zur durchschnittlichen Wettbewerbsintensität in den EU-28 Ländern sowie Norwegen und der Schweiz (EU+) weist Deutschland seit Krisenbeginn 2008 niedrigere Werte auf, obgleich alle gemessenen Werte auf einem relativ hohen Niveau über 0,95 liegen. Die durchschnittliche Wettbewerbsintensität in europäischen Staaten exklusive Deutschland ist vermutlich stark durch einen überproportionalen Abfall der allgemeinen Unternehmensperformance in den Ländern beeinflusst, die von der Krise überdurchschnittlich betroffen waren. Betrachtet man in Abbildung III.1 die Werte für die Länder Griechenland, Irland, Italien, Portugal und Spanien als relativ stark betroffene Ländergruppe gegenüber einem weniger betroffenen skandinavischen Länderaggregat, so wird diese unterschiedliche Entwicklung deutlich. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die in Abbildung III.1 präsentierten Durchschnittswerte keinesfalls Rückschlüsse auf einzelne Märkte innerhalb der Länderkategorien zulassen.

---

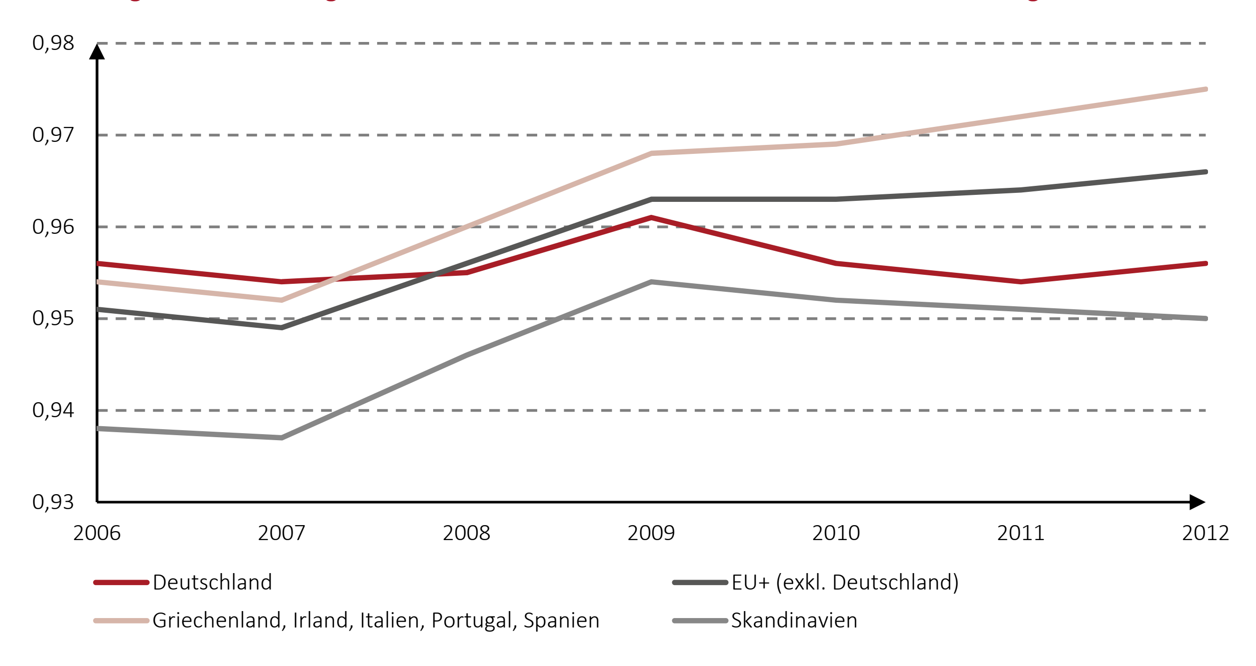
[36] Nickell, S. J., Competition and Corporate Performance, Journal of Political Economy 104(4), 1996, S. 724-746.

[37] Für Estland wurden Durchschnittswerte über andere Länder des Baltikums angenommen, da keine länderspezifischen Informationen verfügbar sind.

[38] Hierzu wurden ISIC Rev. 4 2-Steller Angaben in ein NACE Rev. 2 2-Steller Format umgewandelt. Für einige Länder sind Informationen lediglich auf einer höheren Wirtschaftszweigebene als der 2-Steller Ebene verfügbar. In diesen Fällen wurden Werte der nächsthöheren Aggregationsstufe angenommen. Zum Zeitpunkt der Berechnung waren lediglich Informationen bis 2011 verfügbar, weshalb die Abschreibungsraten dieses Jahres auch für die Folgejahre 2012 und 2013 angenommen werden mussten.

[39] Alle deskriptiven Auswertungen wurden lediglich bis zum Jahr 2012 durchgeführt, weil die Fallzahlen für das Jahr 2013 stark zurückgehen. 2012 wird daher als das aktuellste Jahr mit hinreichend vollständigen Informationen betrachtet. Dies liegt an einer teilweise stark verzögerten Veröffentlichung der Jahresabschlüsse durch die Unternehmen und eine damit verbundene verzögerte Erfassung durch den Datenanbieter.

Abbildung III.1: Entwicklung der durchschnittlichen Wettbewerbsintensität im Beobachtungszeitraum

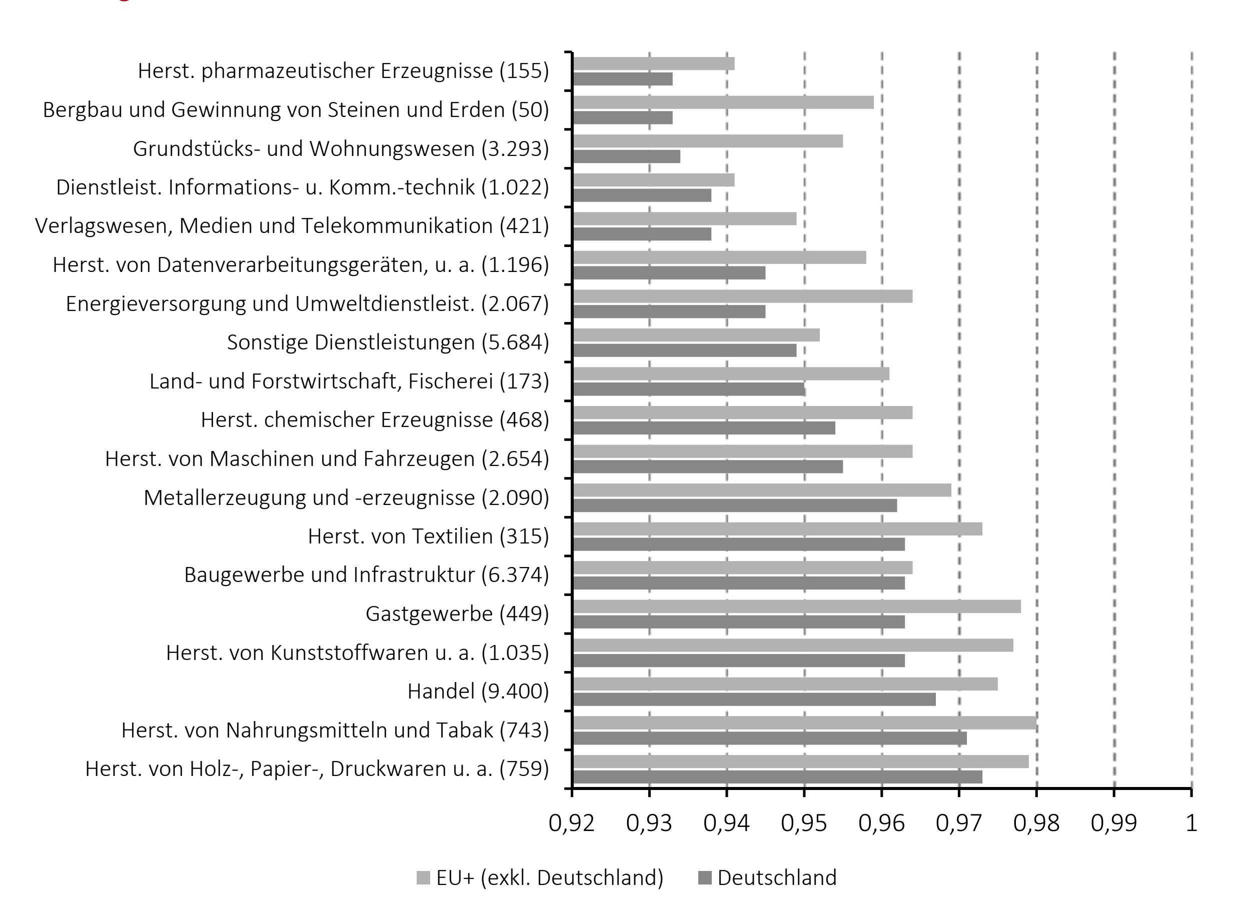


Anmerkungen: Die Kategorie EU+ beinhaltet Unternehmen der EU-28 Mitgliedstaaten sowie mit Sitz in Norwegen oder der Schweiz. Als Maß für die Wettbewerbsintensität wird der Lerner-Index verwendet (vgl. Abschnitt 4)

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, OECD und Bureau van Dijk

640. Abbildung III.2 zeigt die durchschnittliche Wettbewerbsintensität in Deutschland und anderen europäischen Ländern nach Wirtschaftsbereichen für das Jahr 2012. Die Wirtschaftsbereiche sind nach Höhe der Wettbewerbsintensität in Deutschland absteigend sortiert. Der Wirtschaftsbereich mit der höchsten Wettbewerbsintensität ist der Bereich „Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung“. Der Wirtschaftsbereich mit der vergleichsweise niedrigsten Wettbewerbsintensität in Deutschland ist der Bereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei Medikamenten tendenziell um relativ heterogene Güter handelt und vor allem im Bereich von Originalpräparaten der Wettbewerb durch Patente eingeschränkt wird. Die zweit- und drittniedrigste Wettbewerbsintensität weisen die Bereiche „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ sowie das „Grundstücks- und Wohnungswesen“ auf, wobei bezüglich beider Bereiche ein deutlicher Unterschied zum europäischen Durchschnitt auffällt. Interessant erscheint die Entwicklung der Wettbewerbsintensität im Bereich Grundstücks- und Wohnungswesen (vgl. Abbildung III.2). Es fallen im Grundstücks- und Wohnungswesen gegenläufige Entwicklungen auf: Während die erzielten Gewinnmargen seit Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise im europäischen Durchschnitt gesunken sind und einen stärkeren Wettbewerb implizieren, sind sie in Deutschland gestiegen und deuten auf eine Abnahme der Wettbewerbsintensität hin. Unterschiedliche Faktoren können hierfür verantwortlich sein, wie etwa ein Anstieg der Wohnraumnachfrage in Deutschland im Rahmen von Investitionsstrategien aufgrund niedriger Zinserträge für Alternativanlagen und vergleichsweise konstanter Beschäftigungs- und Einkommensverhältnisse zusammen mit Konsolidierungsprozessen auf der Anbieterseite. Zudem handelt es sich um einen Bereich mit kurzfristig unelastischem Angebot.

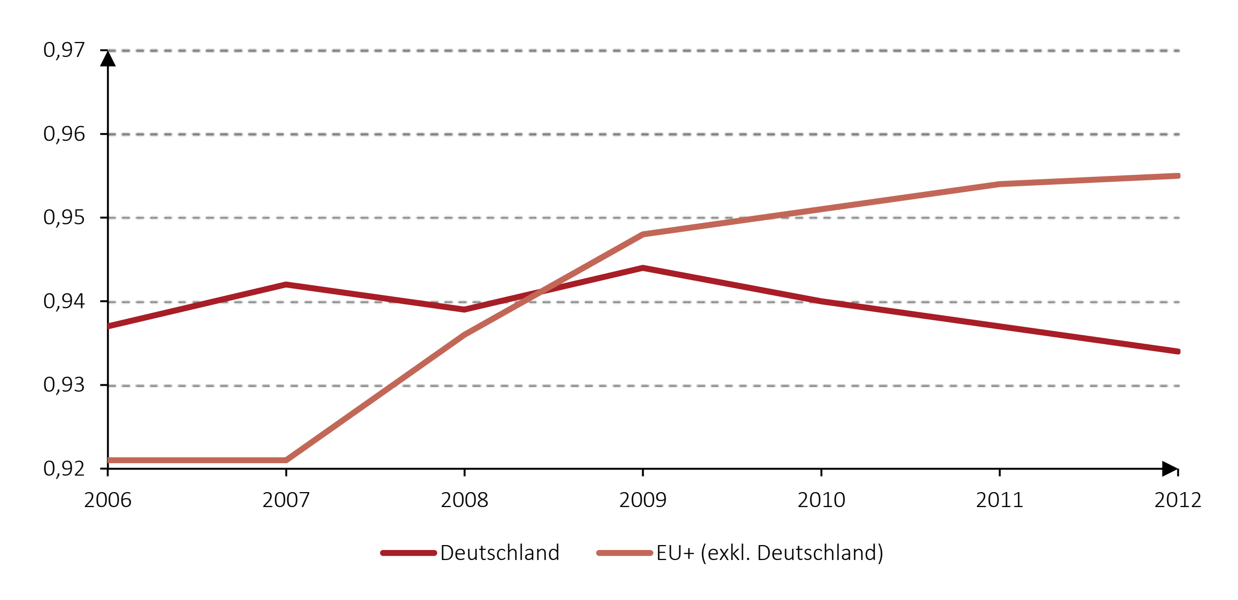
Abbildung III.2: Wettbewerbsintensität nach Wirtschaftsbereichen im Jahr 2012



Anmerkungen: Die Kategorie EU+ beinhaltet Unternehmen der EU-28 Mitgliedstaaten sowie mit Sitz in Norwegen oder der Schweiz. Die Anzahl der (unkonsolidierten) Unternehmen eines aggregierten Wirtschaftsbereiches in Klammern beziehen sich ausschließlich auf Deutschland

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, OECD und Bureau van Dijk

Abbildung III.3: Entwicklung der Wettbewerbsintensität im Grundstücks- und Wohnungswesen



Anmerkungen: Die Kategorie EU+ beinhaltet Unternehmen der EU-28 Mitgliedstaaten sowie mit Sitz in Norwegen oder der Schweiz

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, OECD und Bureau van Dijk

5 Empirische Befunde zur Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen

5.1 Quantitative Bedeutung

641. Unternehmensverflechtungen über kapitalmäßige Minderheitsbeteiligungen, welche zumeist gleichfalls Stimmrechtsanteile beinhalten, stellen keinesfalls Einzelfälle dar. Abbildung III.4 veranschaulicht den Anteil von – über Minderheitsbeteiligungen – verflochtenen Unternehmen nach Ländern. Die Länder sind absteigend nach Gesamtverflechtungsgrad sortiert. Den geringsten Verflechtungsgrad weist Ungarn auf, mit etwa einem halben Prozent aller Unternehmen. Den höchsten Verflechtungsgrad weist Luxemburg mit 14 Prozent aller Unternehmen auf. Deutschland befindet sich mit fast vier Prozent im Mittelfeld. Zusätzlich werden in Abbildung III.4 Anteilseigner getrennt von Zielunternehmen ausgewiesen. Es fällt hier zunächst auf, dass in den allermeisten Ländern der Anteil von Zielunternehmen den Anteil von Anteilseignern deutlich übersteigt. Dies ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass zur Ermittlung von Anteilseignern keine Beteiligungen außerhalb des Berichtskreises der EU-28 Länder sowie Norwegen und der Schweiz berücksichtigt wurden. In Italien liegt der Anteil von Anteilseignern jedoch über dem der Zielunternehmen, was auf eine besondere Bedeutung von innereuropäischen Beteiligungen hindeutet.[40]

642. Abbildung III.5 zeigt die anteilsmäßige Verflechtung über Minderheitsbeteiligungen nach Wirtschaftsbereichen. Den mit Abstand höchsten Verflechtungsgrad weist der Bereich Energieversorgung und Umweltdienstleistungen mit 18 Prozent auf, gefolgt von der Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse mit 13 Prozent sowie dem Bergbau und der Gewinnung von Steinen und Erden mit 12 Prozent. Am wenigsten verflochten ist der Bereich Grundstücks- und Wohnungswesen mit zwei Prozent. Zudem konnten für den Bereich Grundstücks- und Wohnungswesen ausschließlich Zielunternehmen identifiziert werden und keine Anteilseigner, was bedeutet, dass Minderheitsverflechtungen zwischen ansonsten unabhängigen Unternehmen innerhalb Europas in diesem Bereich keine bedeutende Rolle spielen. Zur Verflechtung über Mehrheitsanteile kann im Rahmen dieser Analyse keine Aussage getroffen werden. Insgesamt wird deutlich, dass Unternehmen in allen betrachteten Wirtschaftsbereichen über Minderheitsbeteiligungen mit anderen, ansonsten unabhängigen Unternehmen verbunden sind und daher tendenziell von wettbewerbsverzerrenden Effekten durch diese betroffen wären.

643. In Abbildung III.4 und Abbildung III.5 sind alle in der Datenbasis erfassten Unternehmen berücksichtigt und damit auch eine große Anzahl von Unternehmen, welche nicht börsennotiert sind und denen ein eher geringes wirtschaftliches Gewicht zukommt. Um die Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen für Unternehmen mit vergleichsweise größerem wirtschaftlichen Gewicht auf ihren jeweiligen Märkten herauszustellen, wird die prozentuale Verflechtung in Abbildung III.6 nach Unternehmensgrößenklassen angegeben. Beträgt der Anteil verflochtener Unternehmen insgesamt unter Berücksichtigung aller Unternehmen beispielsweise im Bereich Energieversorgung und Umweltdienstleistungen 18 Prozent (vgl. Abbildung III.5), so sind dies unter ausschließlicher Berücksichtigung von Großunternehmen 46 Prozent.[41] Insgesamt schwankt der Verflechtungsgrad in den betrachteten Wirtschaftsbereichen nach Eingrenzung auf Großunternehmen zwischen 12 Prozent und 46 Prozent und liegt damit weit höher als in der Gruppe kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), in welcher der Verflechtungsgrad zwischen zwei Prozent und 17 Prozent liegt.[42] Abschließend lässt sich demnach festhalten, dass Minderheitsbeteiligungen in allen betrachteten Wirtschaftsbereichen verbreitet sind und diese Verbreitung mit Zunahme des wirtschaftlichen Gewichts von Unternehmen zunimmt.

5.2 Minderheitsbeteiligungen und Wettbewerbsintensität

644. Im vorangegangenen Abschnitt wurde die Verbreitung von Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen dargestellt. Es konnte festgehalten werden, dass Minderheitsbeteiligungen in allen betrachteten Wirt-

[40] Es gilt zu beachten, dass die angegebenen Verflechtungsquoten unter- bzw. überschätzt werden können, wenn die Datenverfügbarkeit, z. B. durch unterschiedliche Offenlegungspflichten, von Land zu Land unterschiedlich ausfällt.

[41] Großunternehmen werden nach der EU-Empfehlung 2003/361/EG als solche definiert, welche einen Jahresumsatz von mindestens EUR 2 Mio. berichten.

[42] Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) werden nach der EU-Empfehlung 2003/361/EG als solche definiert, welche einen Jahresumsatz zwischen EUR 2 Mio. und EUR 50 Mio. berichten.

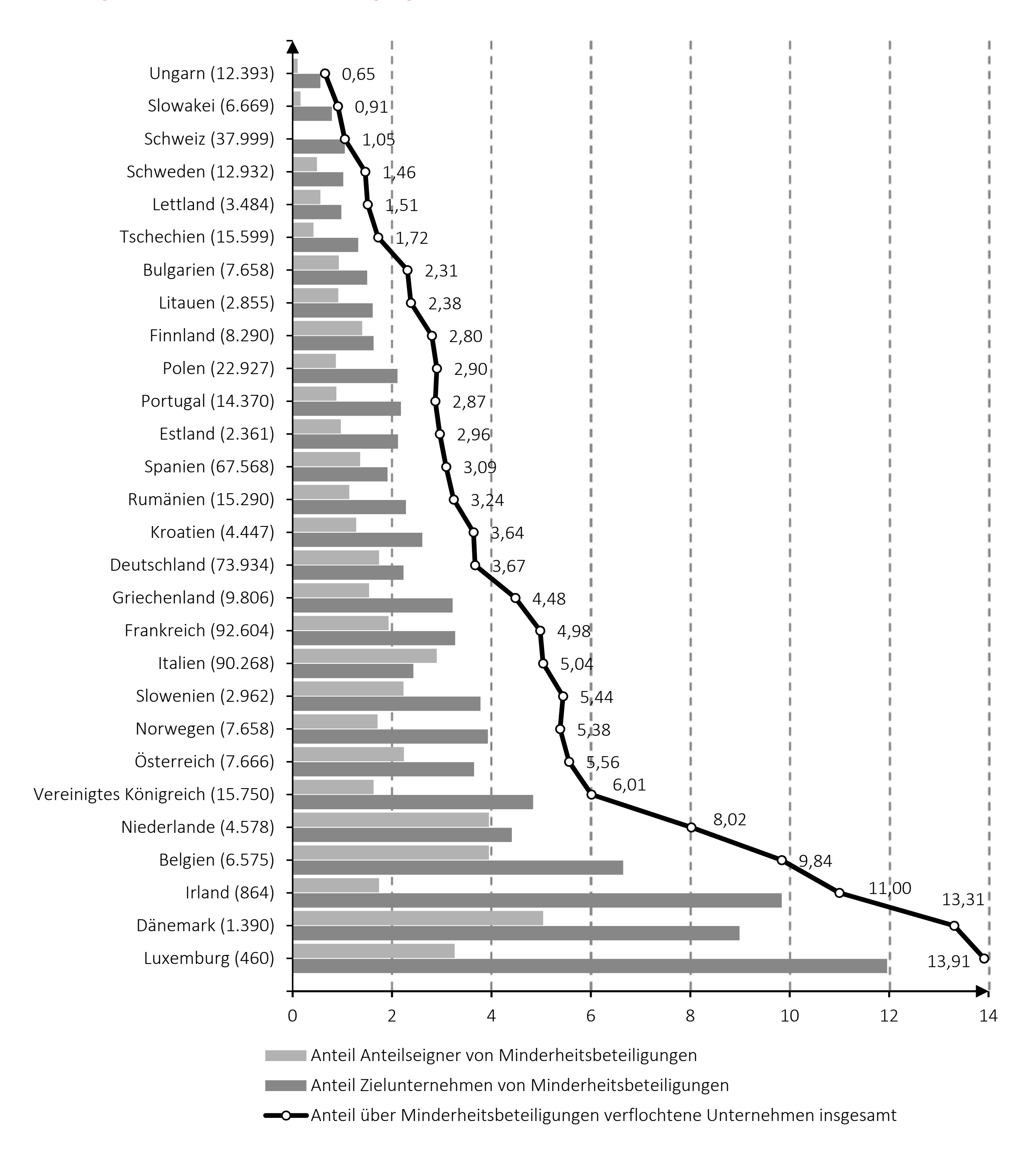
schaftsbereichen existieren und ihre Verbreitung mit zunehmendem wirtschaftlichen Gewicht der betrachteten Unternehmen zunimmt. Die Verbreitung des Phänomens lässt indes nicht zwangsläufig Rückschlüsse auf die wettbewerbliche Relevanz desselben zu. Im Folgenden wird deshalb die Wettbewerbsintensität der über Minderheitsbeteiligungen verflochtenen Unternehmen der Wettbewerbsintensität nicht verflochtener Unternehmen gegenübergestellt.

645. In Abbildung III.7 ist die durchschnittliche Wettbewerbsintensität von verflochtenen und nicht verflochtenen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen dargestellt. Die Differenzen der Mittelwerte der beiden Unternehmensgruppen wurden mit Hilfe des t-Tests auf statistische Signifikanz getestet. Aus Abbildung III.7 wird deutlich, dass in den meisten Wirtschaftsbereichen die Gruppe der nicht verflochtenen Unternehmen eine durchschnittlich niedrigere Wettbewerbsintensität aufweist. Lediglich in den Bereichen „Herstellung von Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren“, „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ sowie „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ weisen verflochtene Unternehmen eine Wettbewerbsintensität auf, die statistisch signifikant niedriger ist als die in der Gruppe nicht verflochtener Unternehmen. Dieses Ergebnis mag zunächst verwundern, da die Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten noch einen allgemeinen positiven Zusammenhang zwischen Minderheitsbeteiligung und Wettbewerbsintensität berichtete.[43] Die Gründe hierfür sind in der weiterentwickelten Berechnung des verwendeten Lerner-Maßes und der Berücksichtigung wirtschaftszweigspezifischer Abschreibungsraten sowie von immateriellen Vermögensgegenständen bei der Ermittlung der Kapitalkosten, wie etwa erworbene Patent- und Markenrechte, Lizenzen, Software und Entwicklungskosten, zu finden.[44]

[43] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Abb. III.14.

[44] Vgl. zur Berechnung Tz. 636 ff. in diesem Gutachten.

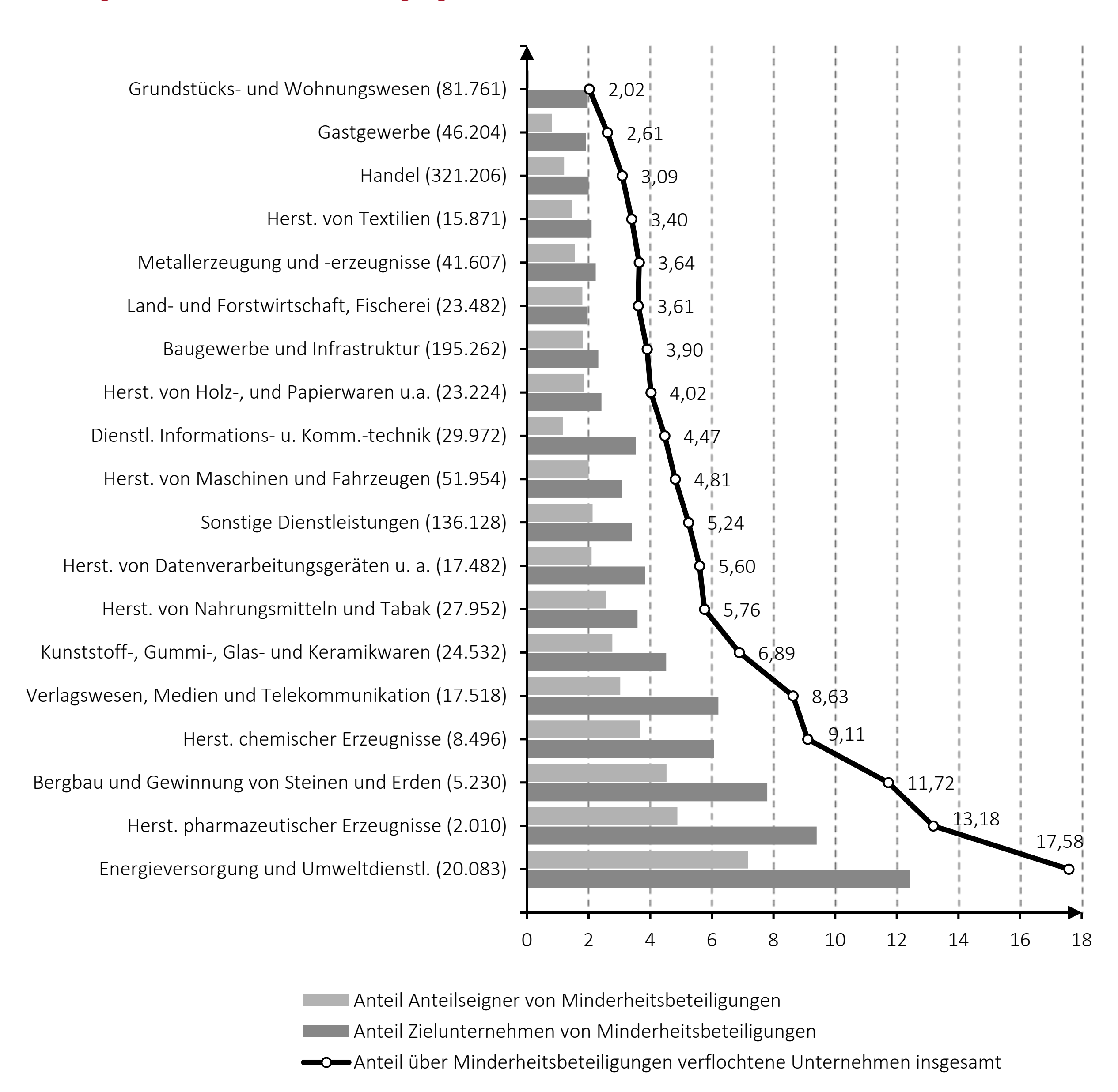
Abbildung III.4: Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Ländern 2012 in %



Anmerkungen: Berücksichtigt wurden Minderheitsbeteiligungen zwischen konsolidierten Unternehmenseinheiten, die nicht letztlich von derselben institutionellen Einheit kontrolliert werden und nicht von institutionellen Investoren oder natürlichen Personen gehalten werden. Die Anzahl der Unternehmen insgesamt je Land ist jeweils in Klammern angegeben. Für den Anteil von Anteilseignern werden lediglich Beteiligungen innerhalb der EU-28 sowie Norwegen und der Schweiz berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

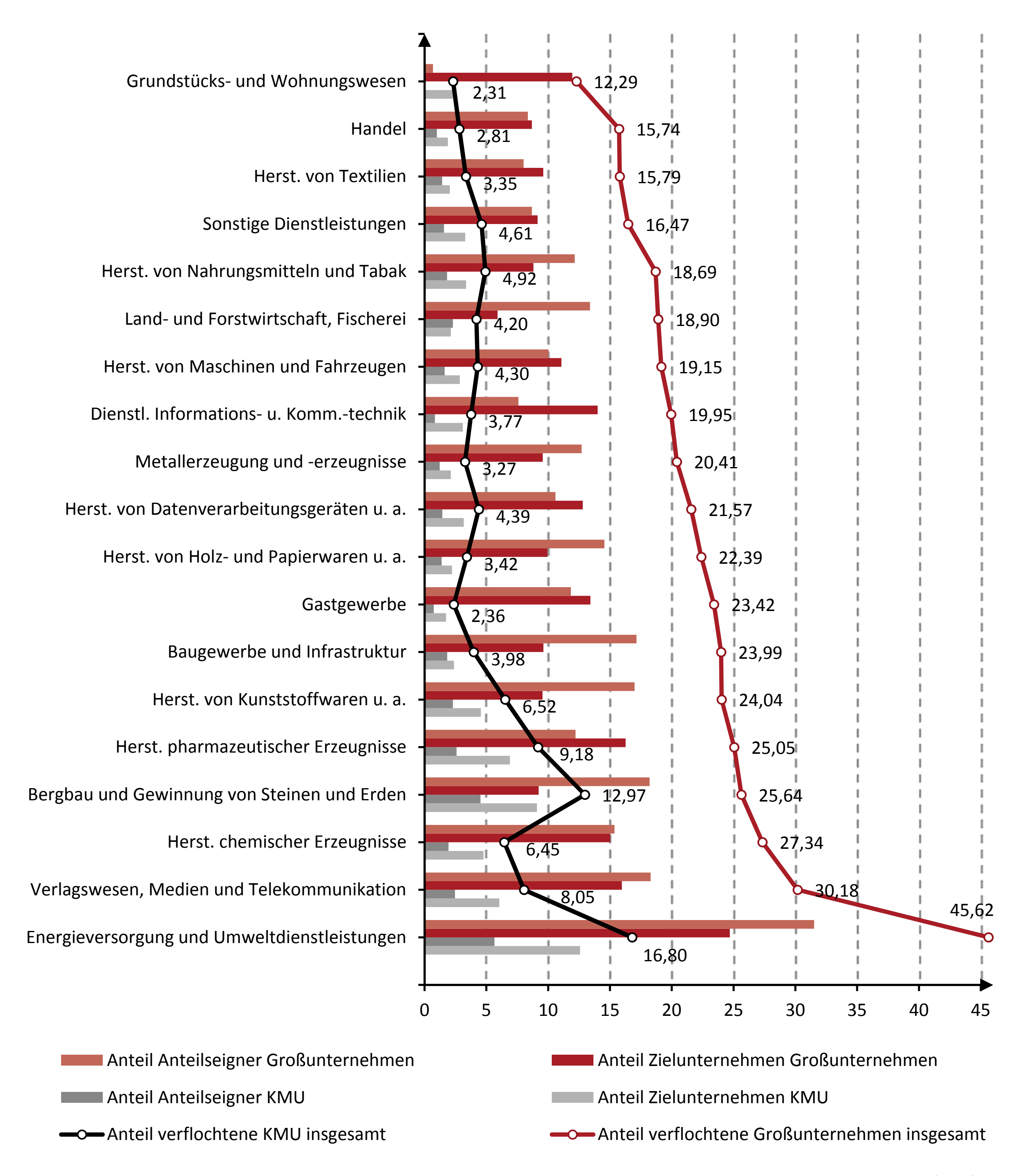
Abbildung III.5: Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen 2012 in %



Anmerkungen: Berücksichtigt wurden Minderheitsbeteiligungen zwischen unkonsolidierten Unternehmenseinheiten, die nicht letztlich von derselben institutionellen Einheit kontrolliert werden und nicht von institutionellen Investoren oder natürlichen Personen gehalten werden. Die Anzahl der Unternehmen insgesamt je Wirtschaftsbereich ist jeweils in Klammern angegeben. Für den Anteil von Anteilseignern werden lediglich Beteiligungen innerhalb der EU-28 sowie Norwegen und der Schweiz berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

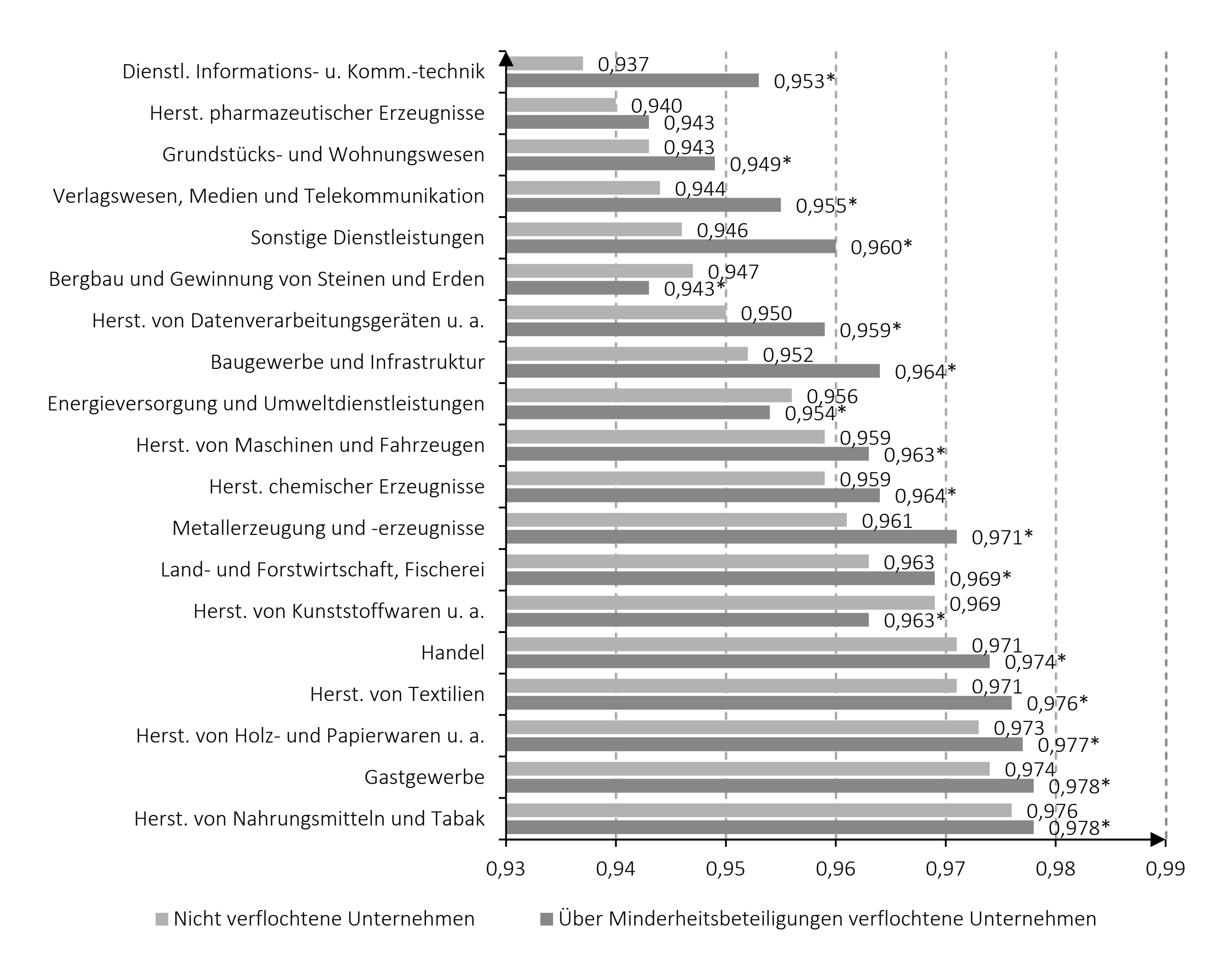
Abbildung III.6: Verflochtene Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Größenklassen 2012 in %



Anmerkungen: Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sowie Großunternehmen werden nach EU-Empfehlung 2003/361/EG als solche definiert, die einen Jahresumsatz zwischen EUR 2 Mio. und EUR 50 Mio. bzw. darüber aufweisen. Berücksichtigt wurden Minderheitsbeteiligungen zwischen unkonsolidierten Unternehmenseinheiten, die nicht letztlich von derselben institutionellen Einheit kontrolliert werden und nicht von institutionellen Investoren oder natürlichen Personen gehalten werden. Für den Anteil von Anteilseignern werden lediglich Beteiligungen innerhalb der EU-28 sowie Norwegen und der Schweiz berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

Abbildung III.7: Wettbewerbsintensität verflochtener und nicht verflochtener Unternehmen nach Wirtschaftsbereich



Anmerkungen: Berücksichtigt wurde der gesamte Beobachtungszeitraum 2006-2013. Alle mit * gekennzeichneten Werte sind auf einem Fehlerniveau von einem Prozent statistisch signifikant verschieden vom Mittelwert der Gruppe nicht verflochtener Unternehmen desselben Wirtschaftsbereichs

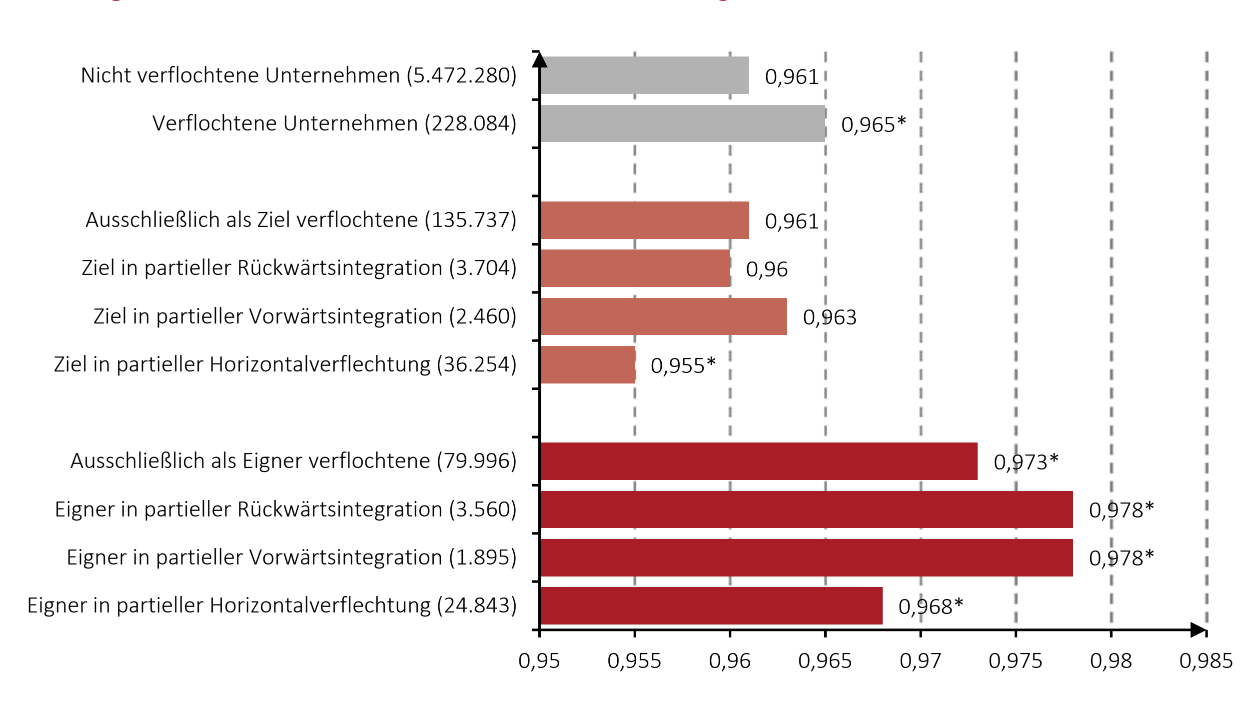
Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, OECD und Bureau van Dijk

646. Abbildung III.8 zeigt, dass die Gruppe verflochtener Unternehmen auch über Wirtschaftsbereiche hinweg eine durchschnittlich höhere Wettbewerbsintensität aufweist. Wie bereits bei der Analyse von Unterschieden nach Wirtschaftsbereichen, gibt dieser Befund zunächst keinen Anlass für die Annahme, Minderheitsbeteiligungen verschafften den beteiligten Unternehmen grundsätzlich mehr Raum zur Preisgestaltung aufgrund besonderer Marktmacht. In Abbildung III.8 werden zusätzliche Untergruppen von Beteiligungsunternehmen gebildet, um Unterschieden nach Art der Verflechtung und dem Umstand, ob ein jeweiliges Unternehmen Anteilseigner oder Zielunternehmen ist, Rechnung zu tragen. Der Durchschnittswert für Zielunternehmen von Minderheitsbeteiligungen unterscheidet sich nicht vom Durchschnitt nicht verflochtener Unternehmen. Der Durchschnittswert für Anteilseigner von Minderheitsbeteiligungen liegt sogar über dem Wert nicht verflochtener Unternehmen. Dieser Befund weist ebenfalls nicht auf einen grundsätzlichen Nutzen der Beteiligung des investierenden Unternehmens für seine Preisgestaltung im Sinne einer höheren Monopolrente hin. Vielmehr lassen sich diese Unterschiede vermutlich auf zusätzliche Merkmale wie beispielsweise die Unternehmensgröße und/oder unterschiedliche Vermögenszusammensetzungen und damit Abschreibungen zurückführen. Diese Unterschiede werden weiter unten in Abschnitt 5.4 berücksichtigt.

647. Betrachtet man in Abbildung III.8 die Unterschiede bezüglich der Richtung der Beteiligung entlang einer Wertschöpfungskette, so zeigt sich in der Gruppe der Anteilseigner, dass Unternehmen mit horizontalen Minderheitsbetei-

ligungen zwar die geringste Wettbewerbsintensität aufweisen, diese aber dennoch über dem Wert für nicht verflochtene Unternehmen liegt. Für Zielunternehmen von horizontalen Beteiligungen kann hingegen im Vergleich zu nicht verflochtenen Unternehmen eine niedrigere Wettbewerbsintensität festgestellt werden. Dies könnte ein Indiz für wettbewerbsschmälernde Auswirkungen horizontaler Verbindungen darstellen. Allerdings handelt es sich hier lediglich um den Vergleich von Durchschnittswerten und es werden keinerlei zusätzliche Erklärungsfaktoren berücksichtigt. Selbst wenn hier eine Korrelation der beiden Größen – Wettbewerbsintensität und Verflechtung über Minderheitsbeteiligung – besteht, so sagt dies keinesfalls etwas über das Vorliegen oder die Wirkungsrichtung eines Kausalzusammenhangs dieser Größen aus.

Abbildung III.8: Wettbewerbsintensität nach Art der Verflechtung



Anmerkungen: Berücksichtigt wurde der gesamte Beobachtungszeitraum 2006-2013; Alle mit * gekennzeichneten Werte sind auf einem Fehlerniveau von einem Prozent statistisch signifikant verschieden vom Mittelwert der Gruppe nicht verflochtener Unternehmen

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, OECD und Bureau van Dijk

5.3 Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen im Kontext der europäischen Fusionskontrolle

648. Im Jahr 2014 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Weißbuch, welches unter anderem den Vorschlag enthält, den Anwendungsbereich der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen auszuweiten.[45] Der Vorschlag begründet sich in Bedenken der Kartellbehörden sowie der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung bezüglich wettbewerbsverzerrender Auswirkungen von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen und damit in einer möglichen Schutzlücke der FKVO. Die einzelnen Möglichkeiten wettbewerbswidriger Auswirkungen wurden bereits weiter oben in Abschnitt 2 ausführlich dargelegt. Der Veröffentlichung des Weißbuchs der Europäischen Kommission gingen Konsultationen von Kartellbehörden der Mitgliedstaaten und anderen beteiligten Akteuren sowie eine empirisch gestützte Abschätzung problematischer Transaktionsfälle voraus. Bei der Schätzung potenziell problematischer Beteiligungen kommt die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass es sich jährlich um etwa 20-30 Fälle handeln dürfte, wobei von einem Minimal- bzw. Maximalszenario von 12 bzw. 38 Fällen auszugehen sei. Diese Schätzung beruht

---

[45] EU-Kommission, Towards more effective EU merger control, White Paper, COM(2014) 449 final, 9. Juli 2014; Vgl. hierzu auch Kapitel IV in diesem Gutachten.

hauptsächlich auf Erfahrungswerten der deutschen und britischen Kartellbehörden – welche bereits über die Möglichkeit zur Prüfung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen verfügen – und Auswertungen der Transaktionsdatenbank Zephyr für den Zeitraum 2005-2011.[46] Die Auswertung der Zephyr-Datenbank ergab 91 Beteiligungsfälle mit potenziell negativen Wettbewerbseffekten für den gesamten Beobachtungszeitraum 2005-2011, von denen für 43 Fälle angenommen wird, dass sie, aufgrund der Umsatzgröße der beteiligten Unternehmen, über eine europäische Dimension verfügen, sodass sie unter den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Wie die Europäische Kommission allerdings selbst anmerkt, weist die Auswertung der Zephyr-Datenbank einige Schwächen auf, da das extrahierte Datenmaterial sich zum einen auf börsennotierte Unternehmen beschränkt und zum anderen lediglich Transaktionen erfasst, bei denen sowohl das Erwerberunternehmen als auch das Zielunternehmen ihren Sitz in der EU-27 haben. Minderheitsbeteiligungen nicht börsennotierter Unternehmen und solche durch Erwerber außerhalb der EU-27 können somit nicht berücksichtigt werden und es muss angenommen werden, dass die ermittelten Fallzahlen demnach deutlich unterschätzt werden. Darüber hinaus beschränkt sich die Auswertung auf Beteiligungen innerhalb desselben Wirtschaftszweigs und klammert dadurch vertikale Beteiligungen weitgehend aus, obschon diese gleichfalls Gegenstand der Diskussion um wettbewerbsverzerrende Effekte sind.

649. Die Monopolkommission hat eine eigene Auswertung hinsichtlich der Anzahl möglicher wettbewerbsverzerrender nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen auf Grundlage der Orbis-Datenbasis durchgeführt. Die Orbis-Unternehmensdatenbank wird von demselben Unternehmen angeboten wie die Zephyr-Transaktionsdatenbank und erfasst über das Modul der Eigentümerstrukturen in der Regel alle Transaktionen, die auch im Rahmen der Zephyr-Datenbank verfügbar sind.[47] Darüber hinaus werden allerdings auch Beteiligungen an nicht börsennotierten Unternehmen erfasst und auf Zielebene auch solche durch Unternehmen mit Sitz außerhalb Europas. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass auch die folgende Analyse Ungenauigkeiten aufweist, jedoch aufgrund der umfassenderen Datenbasis einen wichtigen Beitrag zur Einschätzung der Bedeutung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen leisten kann.

650. Um die Bedeutung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen einschätzen zu können, ist nicht nur von Interesse, wie viele Transaktionen in einer Zeitperiode neu getätigt werden, sondern auch, wie viele derartige Verbindungen zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehen. Die Monopolkommission weist daher sowohl zum Stichtag 31.12.2012 identifizierte Verbindungen aus einer statischen Perspektive als auch im Zeitraum 2006-2013 neu identifizierte Beteiligungen aus einer dynamischen Perspektive aus. Bei den identifizierten Beteiligungen handelt es sich um kapitalmäßige Minderheitsbeteiligungen von höchstens 50 Prozent der gesamten Zielunternehmensanteile. Verbindungen mit Beteiligung aus Finanzsektoren und von institutionellen Investoren – wie etwa Banken, Versicherungen und Fondsgesellschaften – oder durch natürliche Personen sowie öffentliche Institutionen und Staaten wurden aus der Analyse ausgeklammert. Des Weiteren wurden nur Beteiligungen berücksichtigt, deren beteiligte Unternehmen nicht letztlich von derselben institutionellen Einheit mehrheitlich kontrolliert werden. Minderheitsbeteiligungen die trotz einer relativ geringen Beteiligungshöhe den Erwerb ausreichenden strategischen Einflusses bedeuten, z. B. durch Formen von gemeinsamer oder faktisch alleiniger Kontrolle, fallen bereits jetzt in den Anwendungsbereich der FKVO.[48] Es ist nicht möglich alle Formen derartiger aktiver Minderheitsbeteiligungen auszuschließen, weder auf Grundlage von Informationen aus der Zephyr- noch der Orbis-Datenbank. Behelfsweise wird angenommen, dass Minderheitsbeteiligungen dann mit großer Wahrscheinlichkeit nicht-kontrollierender Natur sind, wenn darüber hinaus mindestens ein weiterer Gesellschafter existiert, der Anteile in mindestens gleicher Höhe hält, oder wenn das Zielunternehmen über indirekte Beteiligungen anderweitig mehrheitlich kontrolliert wird.

---

[46] Vgl. für eine detaillierte Beschreibung die Begleitdokumente des Weißbuchs EU-Kommission, Impact Assessment, Commission Staff Working Document accompanying the document towards more effective EU merger control, SWD(2014) 217 final, 9. Juli 2014 und EU-Kommission, Annex II to the Commission Staff Working Document accompanying the document towards more effective EU merger control, SWD(2013) 239 final Part 3/3, 25. Juni 2013.

[47] Für eine detailliertere Beschreibung der Orbis-Datenbank sowie der Beteiligungsinformationen vgl. Gliederungspunkt 3.1 in diesem Kapitel.

[48] Vgl. Art. 3 Abs. 2 FKVO.

651. Tabelle III.3 zeigt die für das Jahr 2012 identifizierten Fälle bestehender nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen in EU-28 Mitgliedstaaten sowie Norwegen.[49] Insgesamt bestehen nach den definierten Kriterien etwa 14.000 derartige Unternehmensverbindungen die den Kategorien horizontal, vertikal rückwärts und vertikal vorwärts zugeordnet werden konnten. Unter diesen wurden 1.916 als partielle Rückwärtsintegrationen und 1.236 als partielle Vorwärtsintegrationen identifiziert. Mit 10.858 wurde der überwiegende Anteil als horizontal klassifiziert.[50] Um einschätzen zu können, ob die betrachteten Beteiligungen eine europäische Dimension aufweisen und dadurch überhaupt erst in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, wurde den zwei wesentlichen Kriterien nachgegangen, zum einen, ob eine Beteiligung grenzübergreifend ist und, zum anderen, wie hoch die Jahresumsätze der beteiligten Unternehmen ausfallen. Tabelle III.3 zeigt, dass etwa 34 Prozent aller identifizierten Beteiligungen grenzübergreifender Natur sind und damit tendenziell eine europäische Dimension aufweisen.

Tabelle III.3: Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen (2012)

		Anzahl Beteiligungen
Partielle Rückwärtsintegration	Gesamt	1.916
	International	685
Partielle Vorwärtsintegration	Gesamt	1.236
	International	610
Partielle Horizontalbeteiligung	Gesamt	10.858
	International	3.516

Anmerkungen: Die Anzahl vertikaler Beteiligungen wird tendenziell unterschätzt, da vor- und nachgelagerte Wirtschaftszweige auf NACE Rev. 2 2-Steller Ebene ermittelt wurden und zudem nur eindeutig identifizierte Handelsgefälle berücksichtigt wurden (vgl. Tz. 631 in diesem Gutachten)

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

652. Tabelle III.4 zeigt, in welchen Wirtschaftsbereichen Unternehmen schwerpunktmäßig tätig sind, die nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen halten. Die absolut meisten sind in den Bereichen „Handel“, „Baugewerbe und Infrastruktur“ sowie „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ tätig. Wird die Anzahl der Unternehmen jedoch ins Verhältnis zur Gesamtanzahl der Unternehmen in diesem Wirtschaftsbereich gesetzt, so halten relativ die meisten Unternehmen in den Bereichen „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“, gefolgt von den Bereichen „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ und „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen. Der Bereich „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ weist ebenfalls die höchste relative Häufigkeit an horizontal verbundenen Anteilseignern auf, wohingegen der Bereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ relativ die meisten vertikal rückwärts verbundenen Unternehmen aufweist. Der Bereich „Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung“ weist dagegen die höchste relative Häufigkeit vertikal vorwärts verflochtener Anteilseigner auf. Tabelle III.5 zeigt die absoluten und relativen Häufigkeiten von Zielunternehmen der identifizierten nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen. Hier weist der Bereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ relativ die meisten Zielunternehmen nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen auf. Danach folgen die Bereiche „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ sowie „Verlagswesen, Medien und Telekommunikation“. Der hohe Verflechtungsgrad im Bereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ ergibt sich auch daraus, dass für diesen Bereich insgesamt eine geringe Anzahl von Anbietern in den Daten ist.

---

49 Beteiligungen deren Anteilseigner und Zielunternehmen beide ihren Sitz in der Schweiz haben oder deren Anteilseigner seinen Sitz in der Schweiz hat, jedoch das Ziel außerhalb des EWR, sind nicht Gegenstand der Analyse in diesem Abschnitt, da die Schweiz nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fällt.

50 Vgl. zur Identifikationsstrategie vor- und nachgelagerter Wirtschaftszweige Gliederungspunkt 3.2 in diesem Kapitel.

Tabelle III.4: Anteilseigner nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen nach Wirtschaftsbereichen

	Horizontal	Vertikal		Anteilseigner insgesamt
		Rückwärts	Vorwärts	
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	39 (0,178)	0 (0)	5 (0,023)	44 (0,201)
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	58 (1,177)	0 (0)	0 (0)	58 (1,177)
Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabak	132 (0,507)	0 (0)	0 (0)	132 (0,507)
Herstellung von Textilien	32 (0,218)	0 (0)	0 (0)	32 (0,218)
Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung	71 (0,372)	9 (0,047)	44 (0,231)	113 (0,593)
Herstellung chemischer Erzeugnisse	43 (0,554)	13 (0,168)	9 (0,116)	58 (0,748)
Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse	21 (1,076)	23 (1,178)	0 (0)	41 (2,100)
Herstellung von Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren	105 (0,457)	11 (0,048)	7 (0,030)	122 (0,531)
Metallerzeugung und -erzeugnisse	67 (0,177)	11 (0,029)	73 (0,193)	137 (0,362)
Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, optische und elektronische Ausrüstung	39 (0,262)	16 (0,108)	27 (0,182)	80 (0,538)
Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen	116 (0,249)	88 (0,189)	4 (0,009)	195 (0,418)
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	340 (1,806)	75 (0,398)	38 (0,202)	424 (2,252)
Handel	779 (0,275)	289 (0,102)	5 (0,002)	1.047 (0,370)
Gastgewerbe	107 (0,373)	0 (0)	0 (0)	107 (0,373)
Baugewerbe und Infrastruktur	784 (0,456)	67 (0,039)	45 (0,026)	877 (0,510)
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	112 (0,756)	31 (0,209)	34 (0,230)	162 (1,094)
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	62 (0,327)	0 (0)	0 (0)	62 (0,327)
Grundstücks- und Wohnungswesen	1 (0,001)	0 (0)	0 (0)	1 (0,001)
Sonstige Dienstleistungen	361 (0,332)	3 (0,003)	25 (0,023)	387 (0,356)

Anmerkungen: Die Auswertung bezieht sich auf unkonsolidierte Daten für das Jahr 2012. Der Anteil der identifizierten an allen Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs im Datensatz ist in Klammern angegeben. Unternehmen mit fehlender Wirtschaftszweigangabe sind nicht berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

Tabelle III.5: Zielunternehmen nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen nach Wirtschaftsbereichen

	Horizontal	Vertikal		Anteilseigner insgesamt
		Rückwärts	Vorwärts	
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	59 (0,269)	9 (0,041)	0 (0)	67 (0,306)
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	131 (2,658)	0 (0)	0 (0)	131 (2,658)
Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabak	304 (1,168)	0 (0)	0 (0)	304 (1,168)
Herstellung von Textilien	45 (0,306)	0 (0)	0 (0)	45 (0,306)
Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung	162 (0,850)	65 (0,341)	17 (0,089)	236 (1,238)
Herstellung chemischer Erzeugnisse	185 (2,385)	14 (0,180)	16 (0,206)	214 (2,759)
Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse	89 (4,559)	3 (0,154)	12 (0,615)	104 (5,328)
Herstellung von Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren	225 (0,979)	47 (0,204)	31 (0,135)	301 (1,309)
Metallerzeugung und -erzeugnisse	167 (0,441)	218 (0,575)	79 (0,208)	455 (1,201)
Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, optische und elektronische Ausrüstung	209 (1,406)	104 (0,699)	30 (0,202)	339 (2,280)
Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen	442 (0,947)	0 (0)	174 (0,373)	612 (1,312)
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	616 (3,271)	71 (0,377)	61 (0,324)	730 (3,877)
Handel	1.095 (0,387)	12 (0,004)	204 (0,072)	1.296 (0,458)
Gastgewerbe	272 (0,947)	0 (0)	0 (0)	272 (0,947)
Baugewerbe und Infrastruktur	1.176 (0,684)	228 (0,133)	55 (0,032)	1.428 (0,831)
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	346 (2,336)	103 (0,695)	98 (0,662)	531 (3,585)
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	169 (0,891)	0 (0)	0 (0)	169 (0,891)
Grundstücks- und Wohnungswesen	5 (0,007)	122 (0,177)	4 (0,006)	131 (0,190)
Sonstige Dienstleistungen	956 (0,880)	151 (0,139)	35 (0,032)	1134 (1,044)

Anmerkungen: Die Auswertung bezieht sich auf unkonsolidierte Daten für das Jahr 2012. Der Anteil der identifizierten an allen Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs im Datensatz ist in Klammern angegeben. Unternehmen mit fehlender Wirtschaftszweigangabe sind nicht berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

653. Keineswegs kann eine Aussage darüber getroffen werden, inwieweit die identifizierten Beteiligungsfälle wettbewerbspolitisch als problematisch anzusehen sind. Hierfür wäre eine ganze Reihe weiterer Faktoren zu berücksichtigen und es wären Einzelfallprüfungen erforderlich.[51] Es konnte jedoch veranschaulicht werden, dass das Phänomen nicht-kontrollierender nationaler und internationaler Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich keine Seltenheit darstellt und damit die Bedeutung der Anwendung von Beurteilungskriterien in den Vordergrund gerückt wird, nach welchen das Potenzial einer wettbewerbsfeindlichen strategischen Nutzung beurteilt werden kann.

654. Für eine Einschätzung der jährlich durchgeführten Transaktionen in Form von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen wurde ein Längsschnittdatensatz auf Grundlage historischer Zeitstände der Eigentümerstrukturen europäischer Unternehmen aufbereitet und ausgewertet.[52] Eine Transaktion gilt als identifiziert, wenn eine entsprechende Beteiligung an einem Unternehmen zum 31.12. eines Jahres berichtet wird, diese jedoch zum 31.12. des Vorjahres noch nicht berichtet wurde. Um weitestgehend auszuschließen, dass die Beteiligungen bereits im Vorjahr bestanden, jedoch lediglich nicht in der Datenbank erfasst wurden, gelten Transaktionen nur als identifiziert, wenn für die jeweiligen Unternehmen im Vorjahr generell Informationen zu deren Eigentümerstruktur verfügbar waren. Tabelle III.6 zeigt die nach diesem Verfahren ermittelten Transaktionen nach Jahren und Typ der Beteiligung. Insgesamt konnten 9.890 nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen identifiziert werden, die zwischen 2007 und 2013 erworben wurden. Durchschnittlich entspricht dies etwa 1.413 Transaktionen pro Jahr. Etwa die Hälfte dieser Transaktionen war grenzübergreifend und somit tendenziell relevant für den europäischen Binnenmarkt. Die überwiegende Mehrheit der identifizierten Transaktionen fand zwischen Unternehmen in einem Horizontalverhältnis statt.

Tabelle III.6: Identifizierte Transaktionen nach Längsschnittaufbereitung (2006-2013)

	Anzahl Transaktionen	Davon grenzüberschreitende Transaktionen
Partielle Rückwärtsintegration	1.029	520
Partielle Vorwärtsintegration	729	425
Partielle Horizontalbeteiligung	8.132	3.935
Gesamt	9.890	4.880

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

655. Die gemeinsamen Jahresumsätze von verbundenen Unternehmen sind in Tabelle III.7 angegeben. Im Durchschnitt liegen die gemeinsamen konsolidierten Jahresumsätze bei partiellen Rückwärtsintegrationen bei knapp EUR 12 Mrd., bei partiellen Vorwärtsintegrationen bei EUR 19 Mrd. und bei Horizontalbeteiligungen bei etwa EUR 12 Mrd. Außer bei partiellen Rückwärtsintegrationen liegen die Durchschnittswerte in den Gruppen grenzübergreifender Beteiligungen deutlich darüber. Die Europäische Kommission geht in ihren Schätzungen zur Beurteilung einer gemeinschaftsweiten Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen von einem gemeinsamen weltweiten Gesamtumsatz von mindestens EUR 2,5 Mrd. und von jeweils EUR 100 Mio. aus.[53] Tabelle III.7 ist zu entnehmen, dass in allen Gruppen ein durchschnittlicher Gesamtumsatz von EUR 2,5 Mrd. erreicht ist. Daher liegt die Vermutung nahe, dass von den betrachteten Fällen einige die Kriterien der FKVO erfüllen.[54] Die angegebenen Medianwerte liegen allerdings mitunter unter EUR 1 Mrd. und fallen damit wesentlich kleiner aus. Dies deutet darauf hin, dass weniger als die Hälfte der Transaktionsfälle über den genannten Umsatzschwellen liegt.

---

[51] Vgl. Tz. 620 in diesem Gutachten.

[52] Die Aufbereitungsschritte werden im nachfolgenden Gliederungspunkt genauer erläutert.

[53] Vgl. für die gesetzlichen Umsatzkriterien zur Annahme einer gemeinschaftsweiten Bedeutung Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO.

[54] Allerdings gehen in die hier angestellten Berechnungen nur teilweise weltweite Umsätze der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit ein, und zwar dann, wenn keine weitere Konsolidierung dieser Unternehmen außerhalb des Berichtskreises erfolgt. Andernfalls beziehen sich die Angaben lediglich auf die höchste Konsolidierungsebene innerhalb des Berichtskreises.

656. Die weiter oben beschriebene empirische Auswertung der Zephyr-Datenbank durch die Europäische Kommission ergab 91 Beteiligungsfälle mit potenziell negativen Wettbewerbseffekten für den Zeitraum 2005-2011, was im Durchschnitt jährlich 13 Transaktionen entspricht. Dieser Durchschnitt verringert sich auf etwa 6 Transaktionen im Jahr, wenn ausschließlich Unternehmen berücksichtigt werden, die aufgrund ihrer Umsatzhöhe über potenziell gemeinschaftsweite Bedeutung verfügen. Aufgrund ihrer eigenen Analyse vermutet die Monopolkommission, dass die durchschnittliche Anzahl potenziell wettbewerbsverzerrender nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen tatsächlich höher liegen dürfte: Wird davon ausgegangen, dass mindestens 25 Prozent[55] der grenzübergreifenden Beteiligungen den Umsatzkriterien der FKVO genügen, so ergeben sich durchschnittlich mindestens 174 Fälle pro Jahr von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die zudem Unternehmen betreffen, die ihren Sitz in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben. Wird angenommen, dass ebenfalls mindestens 25 Prozent[56] der gesamten identifizierten Transaktionen den Umsatzkriterien der FKVO entsprechen, ergeben sich sogar durchschnittlich mindestens 353 Fälle pro Jahr von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Da die Monopolkommission in ihrer Analyse lediglich Fälle berücksichtigt, welche sich als horizontal, vertikal rückwärts oder vertikal vorwärts, also entlang einer Wertschöpfungskette, klassifizieren lassen, handelt es sich hier ebenfalls um eine recht konservative Schätzung. Zum Beispiel bleiben Beteiligungen unberücksichtigt, welche zwischen zwei Unternehmen bestehen, deren unterschiedliche Wirtschaftsbereiche bezüglich ihrer Handelsflüsse beidseitig verflochten sind und bei denen kein Handelsgefälle auf eine Richtung der Verflechtung entlang einer Wertschöpfungskette schließen lässt.

Tabelle III.7: Gemeinsame Jahresumsätze von Anteilseigner und Zielunternehmen (in Mio. EUR; 2006-2013)

	Mittelwert	Standard-abweichung	Minimum	Median	Maximum
Partielle Rückwärtsintegration					
Gesamt	12.400	25.100	1	761	139.000
International	9.777	20.600	3	1.544	139.000
Partielle Vorwärtsintegration					
Gesamt	19.400	58.600	2	1.539	285.000
International	30.800	75.800	13	2.266	285.000
Partielle Horizontalbeteiligung					
Gesamt	11.600	29.600	0,004	849	297.000
International	18.900	39.500	4	3.035	297.000

Anmerkungen: Angegeben ist die Summe der angegebenen Jahresumsätze von Anteilseigner und Zielunternehmen auf konsolidierter Ebene; Beteiligte Unternehmen mit fehlenden Umsatzangaben wurden nicht berücksichtigt

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

5.4 Wettbewerbsverzerrung durch Minderheitsbeteiligungen?

657. Die Anzahl potenziell wettbewerbswidriger Fälle von Minderheitsbeteiligungen kann keinen Aufschluss darüber geben, ob diese Fälle aus wettbewerbspolitischer Sicht tatsächlich problematisch sind. Lediglich kann die Verbreitung eines möglicherweise problematischen Phänomens eingeschätzt werden, insbesondere aber auch die mögliche Mehrbelastung der europäischen Fusionskontrolle durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO. Im Sinne

[55] Dieser Wert erscheint realistisch, da das 75. Perzentil der gemessenen gemeinsamen Umsätze in allen Gruppen internationaler Transaktionen EUR 2,5 Mrd. übersteigt. Zudem dürften hier vielfach nicht die gesamten weltweiten Umsätze erfasst sein (vgl. Fn. 54 in diesem Kapitel).

[56] Dieser Wert erscheint auch hier realistisch, da das 75. Perzentil der gemessenen gemeinsamen Umsätze in allen Gruppen EUR 2,5 Mrd. übersteigt. Zudem dürften hier vielfach nicht die gesamten weltweiten Umsätze erfasst sein (vgl. Fn. 54 in diesem Kapitel).

einer auswirkungsbasierten Perspektive hat die Monopolkommission daher im Nachfolgenden die Auswirkungen partieller Rückwärts- und Vorwärtsintegrationen sowie partieller Horizontalbeteiligungen auf die Marktstellung der jeweiligen Anteilseigner und Zielunternehmen durchgeführt.

658. Den theoretischen Überlegungen in Abschnitt 2 folgend, wirken sich wettbewerbsverzerrende Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen in der Regel auf die Gewinnmargen zumindest eines der beteiligten Unternehmen aus. Das von der Monopolkommission verwendete Lerner-Maß zur Messung der Wettbewerbsintensität approximiert die Monopolrendite, welche sich bei Preisen über Wettbewerbspreisen ergibt. Demnach erfasst diese Zielgröße Veränderungen der Marktstellung eines individuellen Anbieters. Im Falle einer Input-Abschottung ist anzunehmen, dass die Gewinnmarge des nachgelagerten Gesellschafters im Vergleich zu seinen Wettbewerbern ansteigt, indem dieser das vorgelagerte Zielunternehmen zu einer Benachteiligung seiner Wettbewerber bewegt. Die Gewinnmarge des Zielunternehmens würde erwartungsgemäß sinken, könnte aber ebenso konstant bleiben, wenn der Gesellschafter bereit ist, diesen Nachteil für das Zielunternehmen zugunsten seines Wettbewerbsvorteils zu kompensieren. Ohne jeglichen strategischen Einfluss könnte in einer partiellen Rückwärtsintegration andersherum der Gesellschafter zu einer Steigerung der Vorleistungspreise beitragen, welche seine Gewinnmarge und auch die seiner Wettbewerber verringert, aber durch seine Beteiligung am Gewinnzuwachs des Vorleistungsanbieters überkompensiert werden. Im Falle einer Kundenabschottung ist zunächst ebenfalls eine Renditesteigerung des Gesellschafters zulasten des Zielunternehmens anzunehmen. Aber auch in einer partiellen Vorwärtsintegration könnte unter Abwesenheit strategischer Einflussnahme, das Gesellschafterunternehmen eine für das nachgelagerte Unternehmen exklusive Preissenkung vornehmen. Diese würde sich zwar nachteilig auf die eigene Rendite auswirken, aber sich aus Sicht des Anteilseigners durch die Beteiligung an der Monopolrente des Zielunternehmens rechtfertigen. Dieser Logik folgend könnte auch in partiellen Horizontalbeteiligungen die Gewinnmarge des Anteilseigners zugunsten einer Margensteigerung des Zielunternehmens sinken. Erleichtert eine partielle Horizontalbeteiligung jedoch Kollusion, so ist eine gemeinsame Renditesteigerung anzunehmen.

659. Für eine Evaluation der Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen ist eine Analyse im Längsschnitt, also im Zeitverlauf, notwendig. Im Gegensatz zu zeitlichen Querschnittsanalysen stellt dies weit umfassendere Anforderungen an die verwendete Datenbasis. Im Wesentlichen ist sicherzustellen, dass die beobachteten Unternehmen in allen Jahren, in welchen sie im Beobachtungszeitraum aktiv waren, alle relevanten Kennzahlen berichtet haben und dass jegliche Veränderungen dieser Größen im Zeitverlauf realer Messungen entsprechen. Für die Identifikation von Transaktionen bedeutet dies, wie bereits in Tz. 654 beschrieben, dass diese nur dann als identifiziert gelten, wenn für die jeweiligen Unternehmen im Vorjahr generell Informationen zu deren Eigentümerstruktur verfügbar waren. Damit soll weitestgehend ausgeschlossen werden, dass Beteiligungen bereits im Vorjahr bestanden, jedoch lediglich nicht in der Datenbank erfasst wurden.[57] Weiterhin wurde vom Datenanbieter eine Dokumentation aller im Beobachtungszeitraum erfolgten Änderungen der unternehmensspezifischen Identifikationsnummern bezogen, um bei der Aufbereitung sicherzustellen, dass eine solche Identifikatoränderung nicht zur Annahme unterschiedlicher Beobachtungseinheiten führt. Beobachtungseinheiten wurden darüber hinaus gänzlich aus der Analyse ausgeschlossen, wenn der Wechsel zwischen Vorhandensein und Nicht-Vorhandensein zentraler Finanzkennzahlen ein unrealistisches Muster aufweist. Im Detail wurde die konservative Annahme getroffen, dass ein Unternehmen im Beobachtungszeitraum höchstens einmal gegründet und einmal geschlossen werden kann und für die jeweils aktiven Jahre vollständige Informationen zu zentralen Finanzkennzahlen vorliegen müssen. Damit schließt sich die Monopolkommission der derzeitigen Auffassung der Europäischen Kommission an.

660. Abbildung III.9 zeigt eine erste grafische Analyse der Entwicklung des durchschnittlichen Lerner-Maßes von Zielunternehmen und Anteilseignern, für die in einem beliebigen Jahr eine nicht-kontrollierende Beteiligungstransaktion identifiziert werden konnte. Unternehmen mit Sitz in Deutschland, Österreich und dem Vereinigten Königreich wurden nicht berücksichtigt, da die nationalen Fusionskontrollregime in diesen Ländern bereits über die Möglichkeit verfügen nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen zu prüfen und die Ergebnisse hierdurch verzerrt werden könnten. Die

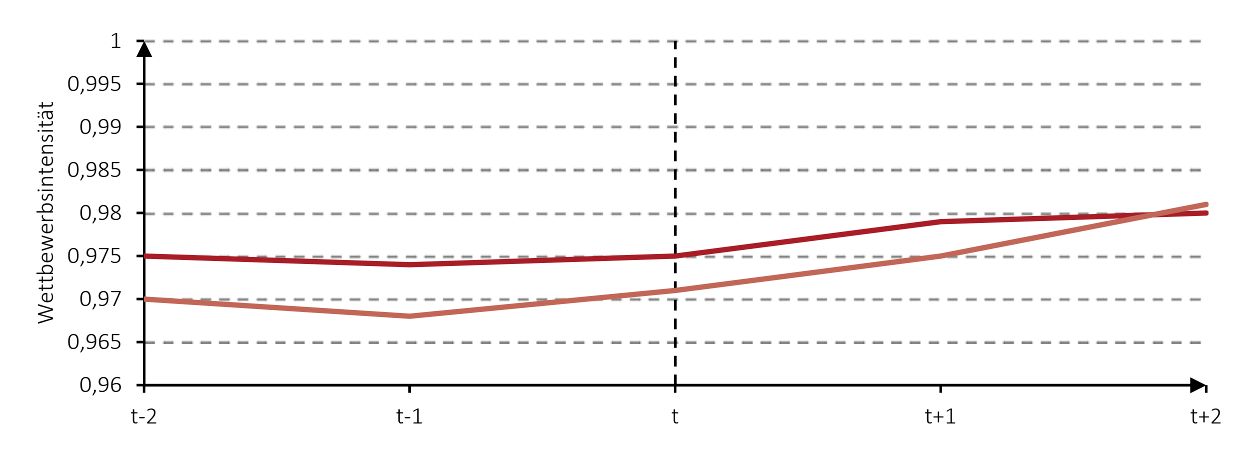
---

[57] Umgekehrt wurde eine bestehende Beteiligung auch für ein jeweiliges Folgejahr fortgeschrieben, wenn für dieses überhaupt keine Informationen zur Eigentümerstruktur vorhanden sind.

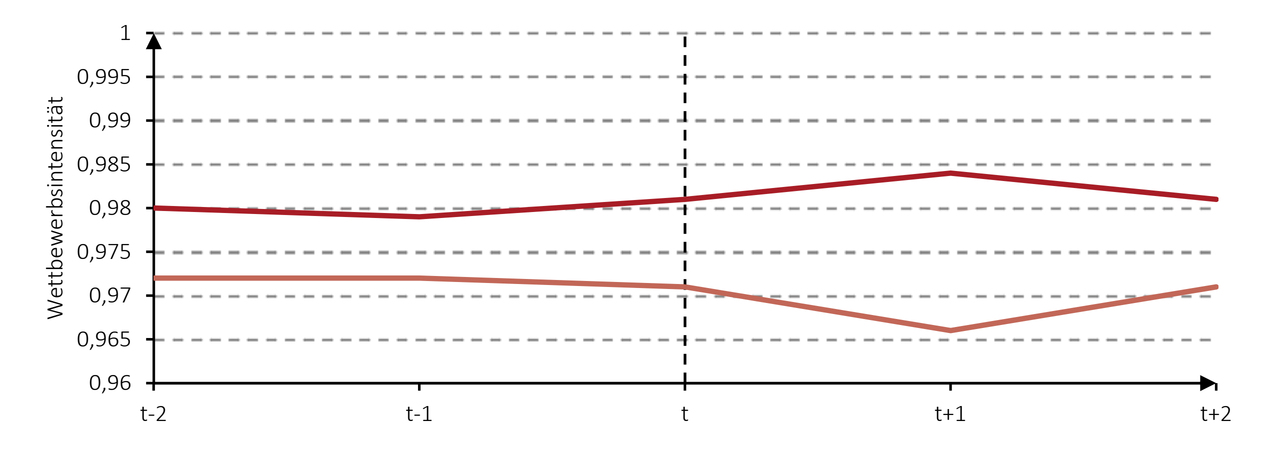
Wettbewerbsintensität ist bis zu zwei Jahre vor, und bis zu zwei Jahre nach der Transaktion im jeweiligen Jahr *t* angegeben.

Abbildung III.9: Nicht-kontrollierende Beteiligungstransaktionen und Wettbewerbsintensität

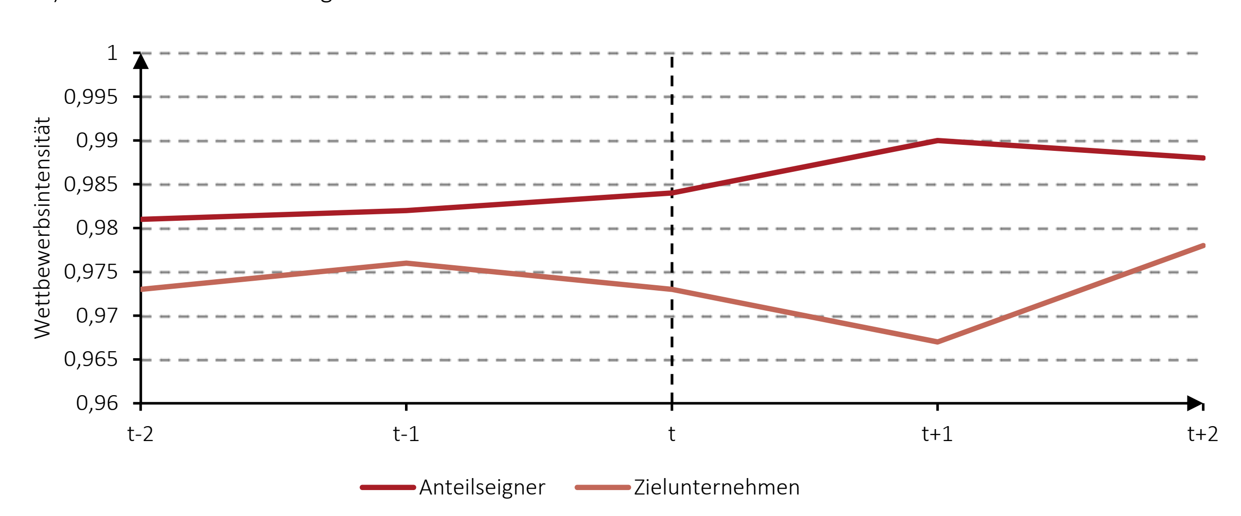
a) Horizontale Beteiligungen



b) Partielle Rückwärtsintegration



c) Partielle Vorwärtsintegration

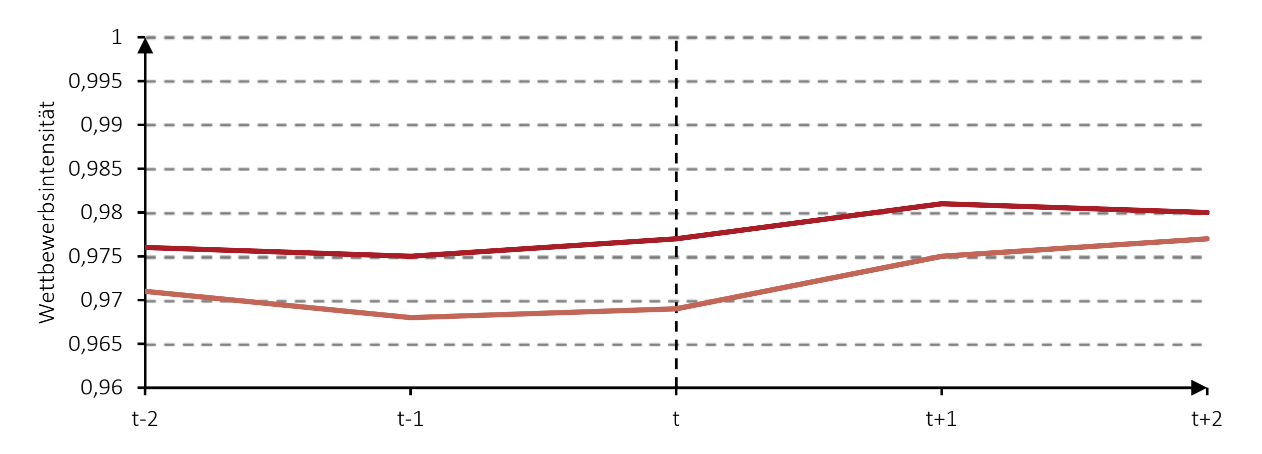


Anmerkungen: Die Auswertung berücksichtigt den Beobachtungszeitraum 2006-2013. Ausgewiesen werden die Mittelwerte der jeweiligen Unternehmensgruppen. Die Gruppe der Transaktionsunternehmen beschränkt sich auf Anteilserwerber von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen; *t* bezeichnet das jeweilige Jahr, in welchem eine Transaktion identifiziert wurde

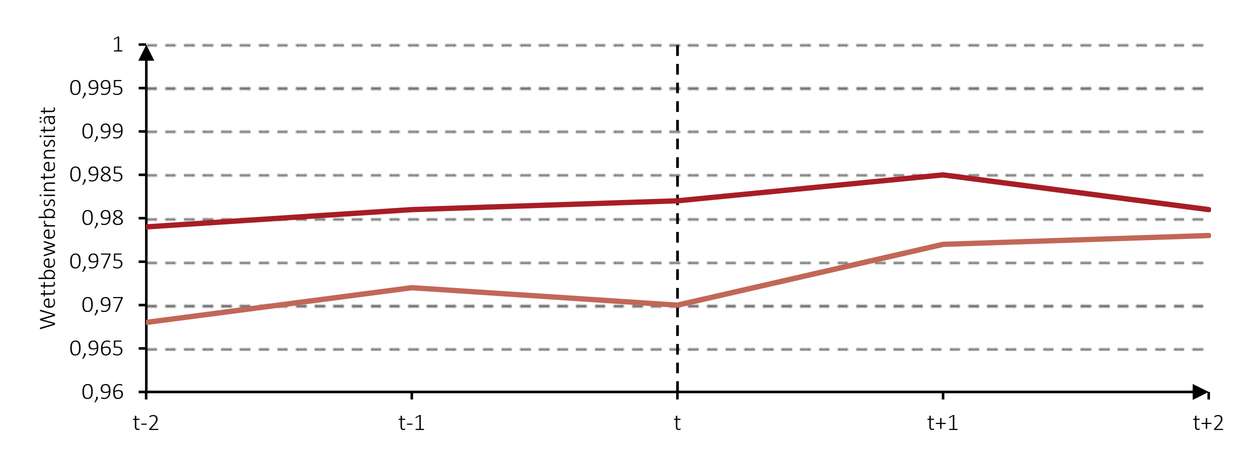
Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, der OECD, Bureau van Dijk und Eurostat

Abbildung III.10: Beteiligungstransaktionen und Wettbewerbsintensität

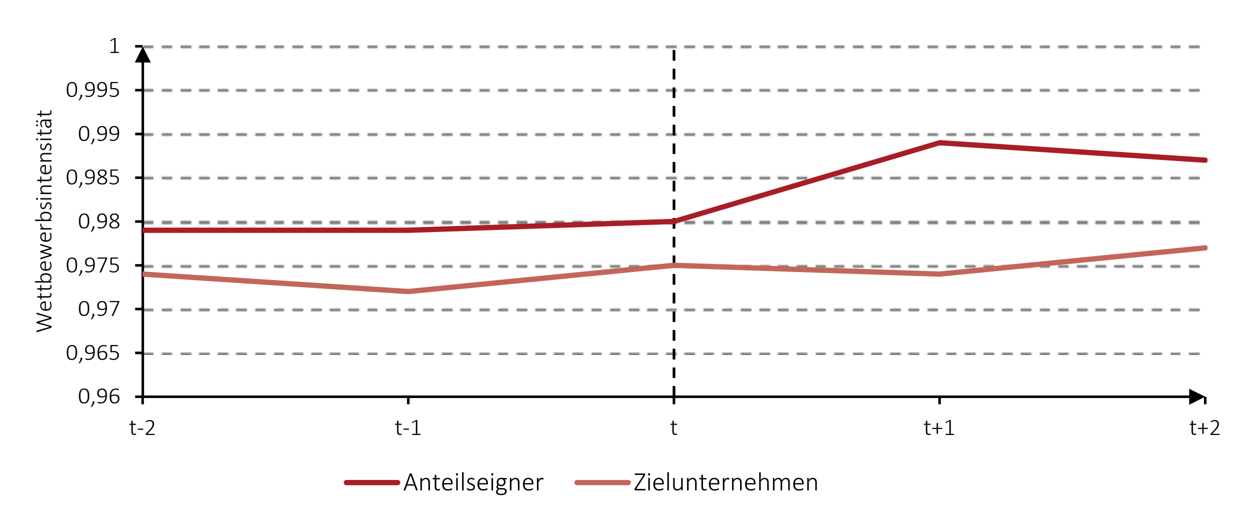
a) Horizontale Beteiligungen



b) Partielle Rückwärtsintegration



c) Partielle Vorwärtsintegration



Anteilseigner Zielunternehmen

Anmerkungen: Die Auswertung berücksichtigt den Beobachtungszeitraum 2006-2013. Ausgewiesen werden die Mittelwerte der jeweiligen Unternehmensgruppen. Die Gruppe der Transaktionsunternehmen beschränkt sich auf Anteilserwerber von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen; *t* bezeichnet das jeweilige Jahr, in welchem eine Transaktion identifiziert wurde

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, der OECD, Bureau van Dijk und Eurostat

661. Abbildung III.9 a) zeigt sowohl für Anteilseigner als auch für Zielunternehmen im Jahr nach der Beteiligung eine geringfügige Steigerung der Wettbewerbsintensität und damit einen geringfügigen Rückgang der Gewinnmargen. Die Annahme einer unmittelbar kollusionsfördernden Wirkung horizontaler Beteiligungen hätte durch eine genau gegenläufige Entwicklung Unterstützung gefunden. In Abbildung III.9 b) lässt sich beobachten, dass die Gewinnmargen der Anteilseigner mit einem Jahr Verzögerung zunehmen und die der Zielunternehmen abnehmen. Dies könnte für eine Input-Abschottung sprechen, obwohl hier lediglich nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen berücksichtigt werden, bei denen angenommen wird, dass der Anteilseigner nur sehr begrenzt strategischen Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben kann. In Abbildung III.9 c) ist nach einer partiellen Vorwärtsintegration keine wesentliche Steigerung der Wettbewerbsintensität der Anteilseigner zu beobachten. Im Gegenteil sinken die Margen im Durchschnitt leicht. Dies spricht zunächst gegen eine Kundenabschottung, könnte aber ein Indiz für Verschlechterungen der Anteilseigner zugunsten ihrer Gewinnbeteiligungen an den nachgelagerten Zielunternehmen sein, da die Gewinnmargen der Zielunternehmen ein Jahr nach der Beteiligung ansteigen. Allerdings steigt der Lerner-Wert ein Jahr später wieder relativ stark an. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass aus der durchschnittlichen Entwicklung der Wettbewerbsintensität nach nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen keine theoriekonsistenten Indizien für negative Wettbewerbseffekte hervorgehen.

662. Abbildung III.10 zeigt ebenfalls die Entwicklung des Lerner-Maßes vor- und nach Minderheitsbeteiligungen, berücksichtigt aber nicht ausschließlich nicht-kontrollierende Beteiligungen. Bei den in Abbildung III.10 betrachteten Fällen ist also von einem größeren Ausmaß strategischer Einflussnahme der Anteilseigner auf deren Zielunternehmen auszugehen. Jedoch bietet auch Abbildung III.10 a) keine Indizien für Kollusion nach partiellen Horizontalbeteiligungen. Abbildung III.10 b) zeigt dagegen erneut eine geringe durchschnittliche Margensteigerung der Anteilseigner zwei Jahre nach der Beteiligung, zudem nimmt die durchschnittliche Marge der Zielunternehmen dagegen bereits ein Jahr nach der Beteiligung ab. Dies könnte ein schwaches Indiz für Input-Abschottungsstrategien sein. In Abbildung III.10 c) ist tendenziell ein durchschnittlicher Rückgang sowohl der Margen der Anteilseigner als auch der Zielunternehmen zu verzeichnen, was gegen negative Wettbewerbseffekte partieller Vorwärtsintegrationen spricht.

663. Die Aussagekraft der bisherigen Analyse bezüglich eines Wettbewerbseffekts durch Minderheitsbeteiligungen ist beschränkt. Insbesondere deshalb, weil keine weiteren Einflussfaktoren berücksichtigt wurden, die sich zusätzlich auf die Gewinnspanne der betrachteten Unternehmen auswirken können. Beispielsweise sind bisher keine konjunkturellen Schwankungen berücksichtigt worden, welche sich auf die Gewinnmargen nach einer Transaktion auswirken können, ohne dass dieser Einfluss auf die jeweilige Transaktion zurückzuführen wäre. Um weitere Einflussfaktoren zu berücksichtigen wurde eine Regressionsanalyse durchgeführt, in welcher die prozentuale Veränderung der Wettbewerbsintensität in Abhängigkeit durchgeführter Transaktionen und weiterer Einflussfaktoren geschätzt wurde. Um konjunkturelle Schwankungen zu berücksichtigen, wurden Jahresindikatoren in die Schätzung mit aufgenommen. Durch das Ausschöpfen von Größenvorteilen, haben größere Unternehmen in der Regel einen Kostenvorteil gegenüber kleineren Unternehmen. Daher fand die Unternehmensgröße, in Form der erzielten Jahresumsätze, Eingang in das Schätzmodell. Für relativ junge Unternehmen wird gemeinhin ein Nachteil aufgrund geringer Markterfahrung angenommen, weswegen das Unternehmensalter in der Analyse berücksichtigt wurde. Ebenfalls kann für die Profitabilität eines Unternehmens von Bedeutung sein, ob dieses zu einem nationalen oder internationalen Konzern gehört, da in diesen Fällen der Zugang zu spezifischen Wettbewerbsvorteilen, wie etwa Markennamen, anzunehmen ist. Aus diesem Grund wurde die Eigenschaft eines Unternehmens in die Schätzung mit aufgenommen, ob dieses Teil einer Unternehmensgruppe ist. Aus unternehmensdemografischer Perspektive wurden darüber hinaus Indikatoren für Jahre eines Marktaustritts und den beiden unmittelbar vorangegangenen Jahren gebildet sowie den beiden unmittelbaren Folgejahren eines Markteintritts. Es wird angenommen, dass das jeweilige demografische Ereignis sich auf die Profitabilität der betreffenden Unternehmen in diesen Jahren auswirken kann. Um schließlich zu berücksichtigen, dass die geschätzte Veränderung des Wettbewerbsmaßes vor dem Hintergrund unterschiedlicher Ausgangsniveaus zu betrachten ist, wurde das absolute Wettbewerbsniveau eines jeden Unternehmens in der jeweiligen Vorperiode mitberücksichtigt ($Lerner_{t-1}$).

664. Die Ergebnisse der Regressionsschätzungen des Zusammenhangs zwischen nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen und der Intensität des Wettbewerbs, welchem sich ein Unternehmen gegenüber sieht, sind in Tabelle

III.8 dokumentiert. Es wurden separate Schätzungen auf Ebene der Anteilseigner und der Zielunternehmen durchgeführt, die jedoch im wesentlichen gleiche Ergebnisse hervorbringen: Wie erwartet, stellen sowohl das Ausgangsniveau der Wettbewerbsintensität als auch das unmittelbare Bevorstehen eines Marktaustritts wichtige Erklärungsfaktoren dar. Auch das Unternehmensalter steht in einem positiven Zusammenhang mit der Veränderung der Wettbewerbsintensität. Allerdings ist in den Schätzungen für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen im Jahr der Beteiligung oder danach kein einziger Koeffizient der Beteiligungsindikatoren statistisch signifikant verschieden von Null. Dies bedeutet, dass unter Berücksichtigung weiterer theoretisch relevanter Einflussfaktoren und unbeobachteter zeitkonstanter Unterschiede zwischen den beobachteten Unternehmen kein Hinweis darauf besteht, dass von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen wettbewerbsverzerrende Effekte ausgehen. Auch unter Berücksichtigung der unmittelbaren Folgejahre einer identifizierten Transaktion konnte kein Hinweis auf einen zeitverzögerten Effekt gefunden werden.

Tabelle III.8: Regressionsergebnisse zu nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen

	Schätzungen auf Ebene Anteilseigner		Schätzungen auf Ebene Zielunternehmen	
$Lerner_{t-1}$	-2,81***	(3,62)	-2,81***	(3,62)
$Rückwärtsbeteiligung_{t-2}$	0,03	(1,46)	0,002	(0,16)
$Rückwärtsbeteiligung_{t-1}$	-0,02	(0,46)	0,01	(0,81)
$Rückwärtsbeteiligung_{t}$	0,01	(0,59)	-0,01	(0,52)
$Rückwärtsbeteiligung_{t+1}$	0,01	(0,14)	-0,03	(1,02)
$Rückwärtsbeteiligung_{t+2}$	-0,003	(0,14)	0,02	(1,21)
$Vorwärtsbeteiligung_{t-2}$	-0,02	(0,80)	0,01	(1,32)
$Vorwärtsbeteiligung_{t-1}$	0,001	(0,07)	-0,01	(0,56)
$Vorwärtsbeteiligung_{t}$	-0,02	(0,73)	0,002	(0,15)
$Vorwärtsbeteiligung_{t+1}$	-0,03	(0,96)	-0,02	(0,58)
$Vorwärtsbeteiligung_{t+2}$	-0,02	(0,66)	-0,001	(0,02)
$Horizontalbeteiligung_{t-2}$	0,04	(0,90)	-0,01	(0,71)
$Horizontalbeteiligung_{t-1}$	0,03	(1,41)	-0,01	(0,40)
$Horizontalbeteiligung_{t}$	0,06	(1,14)	-0,02	(0,95)
$Horizontalbeteiligung_{t+1}$	0,07	(1,29)	0,07	(1,50)
$Horizontalbeteiligung_{t+2}$	0,02	(0,81)	0,04	(0,74)
$Eintritt_{t+1}$	-0,02	(0,67)	-0,02	(0,66)
$Eintritt_{t+2}$	-0,01	(1,04)	-0,01	(1,03)
$Austritt_{t-2}$	-0,02	(0,84)	-0,02	(0,84)
$Austritt_{t-1}$	-0,19	(1,09)	-0,19	(1,09)
$Austritt_{t}$	-0,17***	(3,00)	-0,17***	(3,01)
Umsatz (Mio. EUR) $_{t}$	-0,001	(1,14)	-0,001	(1,14)
$Alter_{t}$	0,01***	(2,89)	0,01***	(2,87)
$Unternehmensgruppe_{t}$	0,03	(1,24)	0,03	(1,24)
N	3.960.465		3.960.465	
n	706.788		706.788	

Anmerkungen: Angegeben sind Schätzkoeffizienten mit betragsmäßigen *t*-Werten in Klammern; ***/**/* weisen auf Koeffizienten hin, die auf einem Fehlerniveau von einem/fünf/zehn Prozent statistisch signifikant verschieden von Null sind. Die Auswertung berücksichtigt den Beobachtungszeitraum 2006-2013. Alle Schätzungen wurden mit der Methode der kleinsten Quadrate durchgeführt und berücksichtigen zeit-invariante fixe Effekte auf Unternehmensebene; alle Schätzungen wurden mit Jahresindikatoren geschätzt und die Standardfehler sind robust gegenüber Heteroskedastizität und serieller Korrelation innerhalb unternehmensspezifischer Beobachtungsgruppen

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, der OECD, Bureau van Dijk und Eurostat

665. Die Schätzergebnisse in Tabelle III.9 berücksichtigen nicht ausschließlich nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen, sondern zudem solche, bei denen die Anteilseigner unter Umständen über strategischen Einfluss verfügen. Ein Jahr nach einer partiellen Rückwärtsintegration zeigt sich bei Anteilseignern durchschnittlich ein schwach signifikanter negativer Zusammenhang mit der gemessenen Wettbewerbsintensität bzw. ein positiver Zusammenhang mit der Gewinnmarge. Zudem weisen die beteiligten Zielunternehmen im zweiten Jahr nach der Beteiligung einen schwach signifikanten negativen Zusammenhang mit der Gewinnmarge auf. Dies bestätigt das Bild aus Abbildung III.10 b) und könnte auf wettbewerbsverzerrende Effekte auf jeweils nachgelagerten Märkten durch Input-Abschottungsstrategien hinweisen.

Tabelle III.9: Regressionsergebnisse zu kontrollierenden und nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen

	Schätzungen auf Ebene Anteilseigner		Schätzungen auf Ebene Zielunternehmen	
$Lerner_{t-1}$	-2,79***	(3,63)	-2,79***	(3,62)
$Rückwärtsbeteiligung_{t-2}$	0,03	(1,46)	-0,02	(1,11)
$Rückwärtsbeteiligung_{t-1}$	-0,001	(0,08)	0,01	(0,44)
$Rückwärtsbeteiligung_{t}$	0,02	(1,31)	-0,01	(0,67)
$Rückwärtsbeteiligung_{t+1}$	-0,002	(0,08)	-0,02	(0,76)
$Rückwärtsbeteiligung_{t+2}$	-0,01	(0,62)	0,04***	(2,05)
$Vorwärtsbeteiligung_{t-2}$	-0,01	(0,47)	-0,01	(0,53)
$Vorwärtsbeteiligung_{t-1}$	0,01	(0,45)	-0,02	(0,70)
$Vorwärtsbeteiligung_{t}$	-0,001	(0,07)	-0,002	(0,15)
$Vorwärtsbeteiligung_{t+1}$	-0,03	(1,20)	-0,03	(0,94)
$Vorwärtsbeteiligung_{t+2}$	0,03	(1,52)	0,002	(0,10)
$Horizontalbeteiligung_{t-2}$	0,01	(0,41)	-0,01	(0,55)
$Horizontalbeteiligung_{t-1}$	0,02**	(2,17)	0,01	(0,85)
$Horizontalbeteiligung_{t}$	0,02	(1,04)	-0,01	(0,77)
$Horizontalbeteiligung_{t+1}$	0,07	(1,33)	0,09	(1,30)
$Horizontalbeteiligung_{t+2}$	0,02	(0,66)	0,02	(0,66)
$Eintritt_{t+1}$	-0,02	(0,65)	-0,02	(0,60)
$Eintritt_{t+2}$	-0,01	(1,14)	-0,01	(1,10)
$Austritt_{t-2}$	-0,02	(0,86)	-0,02	(0,86)
$Austritt_{t-1}$	-0,19	(1,10)	-0,19	(1,09)
$Austritt_{t}$	-0,17***	(3,00)	-0,17***	(3,01)
Umsatz (Mio. EUR) $_{t}$	-0,001	(1,14)	-0,001	(1,14)
$Alter_{t}$	0,01***	(2,91)	0,01***	(2,85)
$Unternehmensgruppe_{t}$	0,03	(1,25)	0,03	(1,25)
N	3.985.387		3.985.387	
n	708.458		708.458	

Anmerkungen: Angegeben sind Schätzkoeffizienten mit betragsmäßigen *t*-Werten in Klammern; ***/**/* weisen auf Koeffizienten hin, die auf einem Fehlerniveau von einem/fünf/zehn Prozent statistisch signifikant verschieden von Null sind. Die Auswertung berücksichtigt den Beobachtungszeitraum 2006-2013. Alle Schätzungen wurden mit der Methode der kleinsten Quadrate durchgeführt und berücksichtigen zeit-invariante fixe Effekte auf Unternehmensebene; alle Schätzungen wurden mit Jahresindikatoren geschätzt und die Standardfehler sind robust gegenüber Heteroskedastizität und serieller Korrelation innerhalb unternehmensspezifischer Beobachtungsgruppen

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten der Europäischen Kommission, der OECD, Bureau van Dijk und Eurostat

666. Es gilt hier allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei den Schätzungen um durchschnittliche Korrelationen handelt. Es ist demnach durchaus möglich, dass sich in der beobachteten Gruppe einige Minderheitsbeteiligungen

negativ auf den Wettbewerb auswirken, jedoch durch andere Fälle, mit positiven Folgen für die Wettbewerbsintensität, im Durchschnitt kompensiert werden. Festzuhalten bleibt, dass kein Hinweis auf durchschnittliche Wettbewerbseffekte durch nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen gefunden werden konnte und lediglich ein schwacher Hinweis auf durchschnittliche Wettbewerbsverzerrungen durch Input-Abschottungsstrategien zugunsten von Anteilseignern mit einem gewissen Grad an strategischem Einfluss auf das Zielunternehmen. Auch hier gilt jedoch zu bedenken, dass es sich nicht um den Nachweis eines Kausalzusammenhanges handelt, da der demonstrierte Zusammenhang von weiteren zeitvarianten Faktoren abhängen könnte, die nicht im Schätzmodell berücksichtigt sind. Wenn nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen anti-kompetitive Auswirkungen entfalten, so scheinen sich diese in einem Ausmaß zu bewegen, welches nicht auf den gemessenen Durchschnitt der Fälle durchschlägt. Bezüglich der Überlegungen zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen könnte eben dies gegen die Schaffung einer unter Umständen unverhältnismäßigen bürokratischen Zusatzbelastung für Behörden und Unternehmen sprechen. Die Monopolkommission sieht zwar das wettbewerbsverzerrende Potenzial horizontaler und vertikaler nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen, entnimmt ihrer empirischen Analyse jedoch keine Anzeichen, die auf eine Regelmäßigkeit oder Intensität hindeuten, die einen dringenden und unter Umständen unverhältnismäßigen Handlungsbedarf erfordern. Damit schließt sich die Monopolkommission der derzeitigen Auffassung der Europäischen Kommission an.[58]

6 Die wettbewerbliche Bedeutung institutioneller Investoren

667. Im Folgenden erweitert die Monopolkommission ihre Analyse der wettbewerblichen Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen auf solche, die durch institutionelle Investoren an mehreren Anbietern eines Wirtschaftsbereichs gehalten werden. Die wettbewerbliche Bedeutung kapitalmäßiger Minderheitsbeteiligungen durch institutionelle Investoren stellt einen weiteren Aspekt von Unternehmensverflechtung dar. In der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung wie in der Wettbewerbspolitik ist die Ansicht weit verbreitet, dass kapitalmäßige Minderheitsbeteiligungen durch institutionelle Investoren wie etwa Banken, Versicherungen und Fondsgesellschaften nur von geringer bis keiner wettbewerblichen Bedeutung für die Zielmärkte sind. Grund hierfür ist, dass es sich in der Regel um Portfolioinvestitionen ohne das Motiv strategischer Einflussnahme handelt. Nichtsdestotrotz existieren wirtschaftswissenschaftliche Arbeiten und praktische Erfahrungen der Kartellbehörden, die zeigen, dass gerade auch diese Form von Unternehmensverflechtung wettbewerbspolitische Bedenken aufwerfen.[59] Institutionellen Investoren kommt in diesem Zusammenhang vor allem aufgrund ihrer zunehmenden Investitionsvolumina und diversifizierten Investitionsstrategien eine besondere Rolle zu:[60] In vielen Wirtschaftsbereichen werden Anteile an mehreren großen Anbietern von demselben Investor gehalten und es ist anzunehmen, dass dies nicht nur auf Wirtschaftsbereiche, sondern ebenfalls auf wettbewerblich relevante Märkte zutrifft.[61] Damit überwiegt das Interesse diversifizierter Investoren an der Gesamtmarktrendite in vielen Wirtschaftsbereichen ihr Interesse an der individuellen Performance ihrer Portfoliounternehmen. Aus dieser Perspektive kann in derartigen Fällen ein grundsätzliches Interesse an Parallelverhalten und weniger intensivem Wettbewerb zwischen Portfoliounternehmen zugunsten der Gesamtmarktrendite unterstellt werden.

Mit Bezug auf die US-amerikanische Volkswirtschaft wird in der Omnipräsenz dieses Phänomens mitunter die Erklärung für fundamentale wirtschaftliche Zusammenhänge gesehen, wie etwa dem Anstieg wirtschaftlicher Ungleichheit und dem Ausbleiben von Beschäftigungszuwächsen bei Unternehmen, die zuletzt beachtliche Gewinnzuwächse ver-

---

[58] Vgl. Global Competition Review, Vestager: Minority shareholder reform may be unjustifiable, Meldung vom 8. April 2016, http://globalcompetitionreview.com/news/article/40857/vestager-minority-shareholder-reform-may-unjustifiable/, Abruf am 29. Juni 2016.

[59] Vgl. Gliederungspunkt 2 in diesem Kapitel.

[60] Bezogen auf Kapitalbeteiligungen von Banken an Nichtbankenunternehmen hat die Monopolkommission bereits in ihrem ersten Hauptgutachten 1973/1975 auf eine wesentliche Konzentrationswirkung in diesem Zusammenhang hingewiesen, vgl. Monopolkommission, I. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976, u. a. Tz. 79.

[61] Der Marktbegriff wird im Folgenden zur Bezeichnung wettbewerblich relevanter Märkte im kartellrechtlichen Sinne verwendet und ist nicht gleichbedeutend mit Investitionsmärkten aus Anlegersicht.

zeichneten. In diesem Zusammenhang gibt es Forderungen nach einer entschlossenen Anwendung geltenden Kartellrechts auf derartige indirekte Horizontalverflechtungen.[62] In demselben Kontext führt das – für die Kartellrechtsdurchsetzung zuständige – US-amerikanische Justizministerium derzeit Ermittlungen zu kartellrechtswidrigen Absprachen in der Luftfahrtbranche durch.[63]

6.1 Institutionelle Investoren und Minderheitsbeteiligungen

668. Institutionelle Investoren sind spezialisierte Finanzinstitutionen, die Kapital von einer Vielzahl von Anlegern in deren Auftrag gebündelt anlegen und dabei das Ziel der Renditemaximierung bei vertretbarem Risiko verfolgen. Die tatsächliche Verwaltung des Kapitals muss dabei nicht zwangsläufig durch den institutionellen Investor erfolgen, sondern kann gleichfalls durch spezialisierte Vermögensverwalter durchgeführt werden.[64] Als institutionelle Investoren gelten unter anderem Versicherungen, Vermögensverwalter, Investment- und Pensionsfonds, aber auch Private Equity Firmen, Banken, Hedge- und Dachfonds sowie Staatsfonds. Das insgesamt von institutionellen Investoren verwaltete Vermögen weltweit ist nach Angaben der OECD über die vergangenen Jahrzehnte im Rahmen einer Institutionalisierung der Finanzverwaltung stetig angestiegen: Waren es im Jahre 1980 noch knapp USD 3 Bio., so waren es 2007 bereits USD 48 Bio. und 2014 über USD 85 Bio.[65] Abbildung III.11 zeigt die Entwicklung des Investitionsvolumens institutioneller Investoren in OECD-Staaten und Deutschland im Zeitraum 2000-2014 und veranschaulicht einen steten Aufwärtstrend, der international lediglich durch den Beginn der globalen Finanzkrise in 2008 unterbrochen wurde.

669. Abbildung III.12 zeigt die größten in der Vermögensverwaltung tätigen Unternehmen nach verwaltetem Vermögen im Jahr 2014. An erster Stelle steht hier das US-amerikanische Unternehmen Blackrock, mit Abstand gefolgt von der Vanguard Gruppe, State Street und der Allianz Gruppe. Abbildung III.13 zeigt die größten im Deutschen Aktienindex 30 investierenden institutionellen Investoren. An erster Stelle steht hier der norwegische Staatsfonds mit mehr als USD 25 Mrd. investiertem Kapital in 2015. Allerdings kann dem Vermögensverwalter Blackrock für 2015 ein insgesamt mehr als doppelt so großes Investitionsvolumen von fast USD 53 Mrd. zugeschrieben werden, wenn die Tochtergesellschaften Blackrock Fund Advisors, Blackrock Asset Management AG und Blackrock Advisors Ltd. aggregiert werden.

670. Institutionelle Investoren halten vorwiegend stark diversifizierte Minderheitsbeteiligungen an einer Vielzahl von Unternehmen weltweit in verschiedenen Wirtschaftsbereichen, um eine gewünschte Balance zwischen Risiko und Rendite zu erzielen. Trotz kleiner gehaltener Kapitalanteile von in der Regel nur wenigen Prozent oder weniger als einem Prozent an einem Unternehmen, stellen institutionelle Investoren nicht selten den größten Einzelinvestor dar, weil sich die übrigen Anteile in Streubesitz befinden. Insgesamt hielten institutionelle Investoren 2015 über 60 Prozent der Aktien von DAX-Unternehmen.[66] Unabhängig davon, dass institutionelle Investoren zwar lediglich Anlagekapital ihrer Kunden verwalten, obliegt die Wahrnehmung der hiermit erworbenen Stimmrechte – bis auf wenige Ausnahmen – den institutionellen Investoren. Abbildung III.14 veranschaulicht beispielhaft die größten Beteiligungen des Vermögensverwalters Blackrock am Aktienkapital von im DAX gelisteten Unternehmen.

---

[62] Elhauge, E., Horizontal Shareholding, Essay, Harvard Law Review, 129, 1267-1317.

[63] Vgl. unter anderem Bloomberg, U.S. Looks at Airline Investors for Evidence of Fare Collusion, 22. September 2015, http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-22/do-airfares-rise-when-carriers-have-same-investors-u-s-asks, Stand 20. Juni 2016, Abruf am 20. Juni 2016.

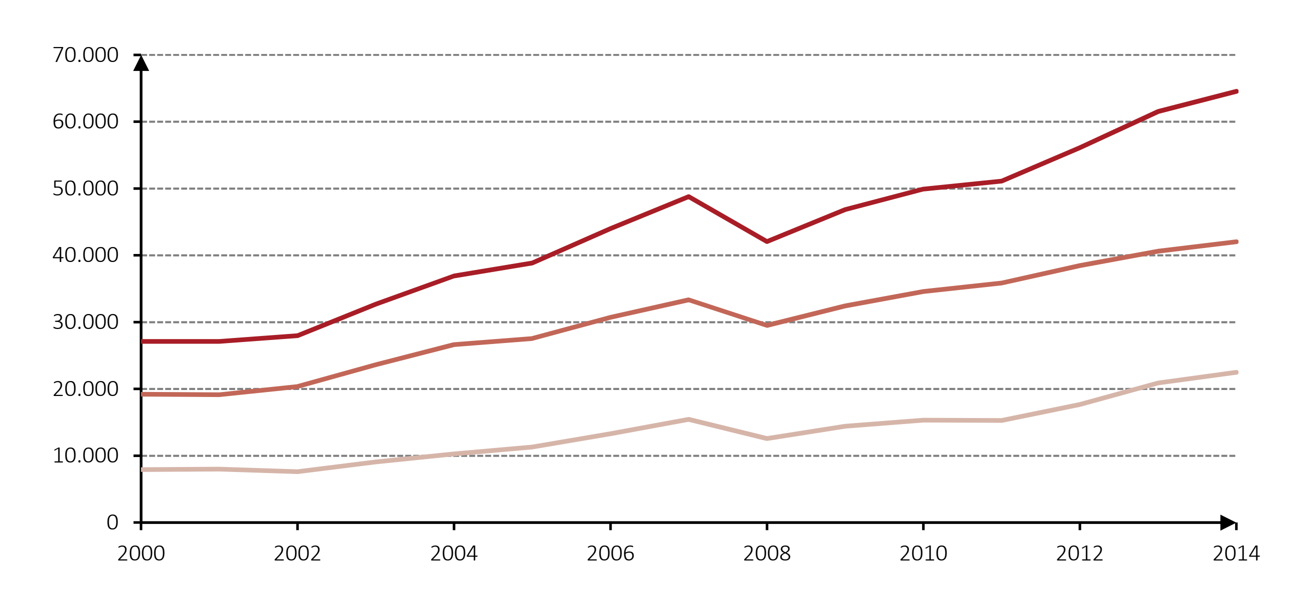
[64] Vgl. Davies, E. P./Steil, B., Institutional Investors, MIT Press, 2001.

[65] Die vermuteten Gründe für das rasante Wachstum institutioneller Investoren während der letzten Dekaden sind vielfältig: Als Faktoren auf der Angebotsseite gelten unter anderem eine zunehmende Deregulierung sowie eine Erleichterung diversifizierter Investitionen. Als Faktoren der Nachfrageseite werden unter anderem der demografische Wandel und der gestiegene Wohlstand genannt. Für eine detaillierte Diskussion der Gründe des Wachstums institutioneller Investoren sei verwiesen auf Davies, E. P./Steil, B., Institutional Investors, MIT Press, 2001, S. 3-50. Angaben zu den Investitionsvolumen institutioneller Investoren beziehen sich auf OECD-Staaten mit verfügbaren Informationen exklusive Banken. Vgl. OECD Institutional Investors Statistics, http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-institutional-investors-statistics_2225207x, Abruf am 20. Juni 2016.

[66] DIRK/Ipreo: Investoren in der Deutschland AG 3.0, Mai 2016, S. 7.

Abbildung III.11: Von institutionellen Investoren verwaltetes finanzielles Anlagevermögen (in Mrd. USD)

a) In OECD-Ländern*



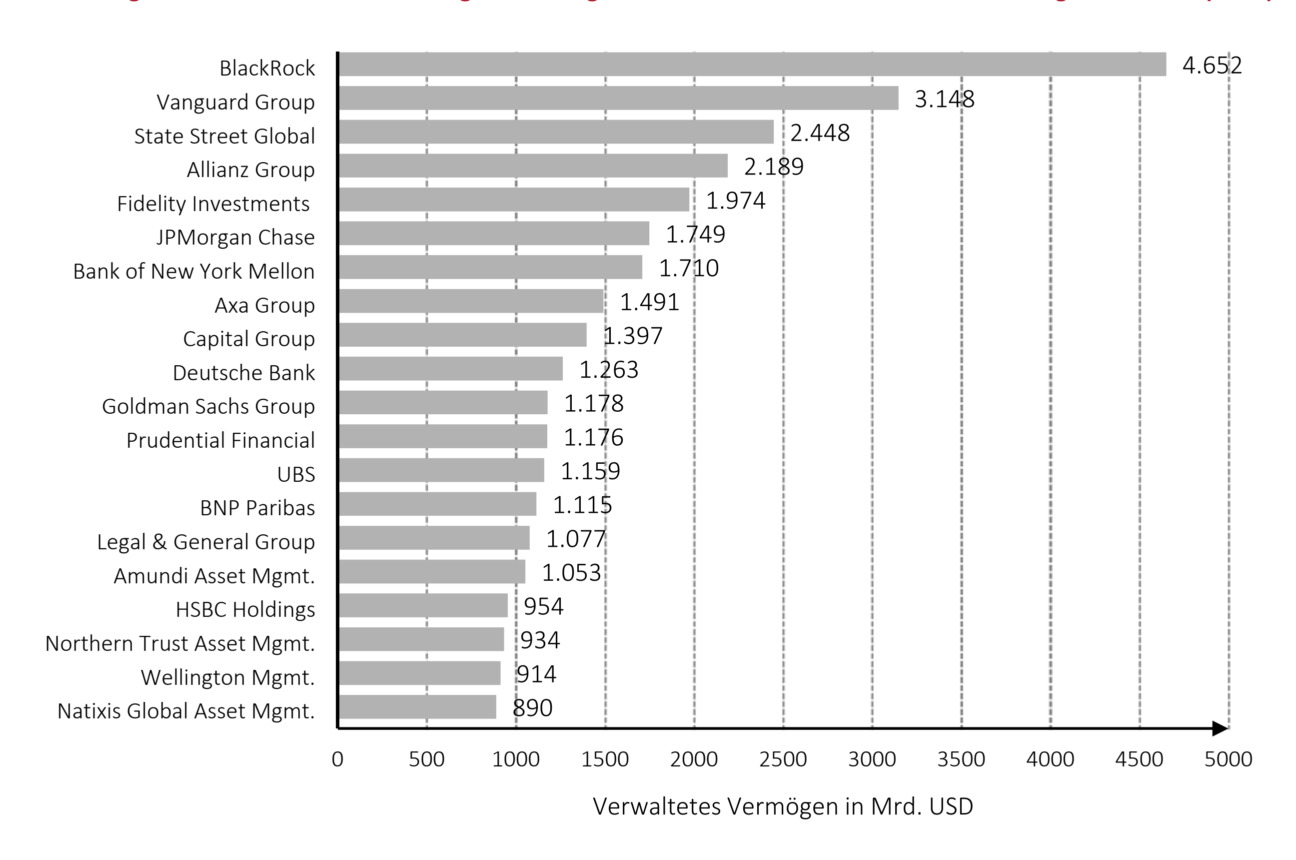
b) In Deutschland



Anmerkungen: Alle Angaben zu aktuellen Preisen und Wechselkursen zu Jahresende. *Berücksichtigt wurden die Länder Belgien, Deutschland, Finnland, Island, Kanada, Spanien, Schweden, Ungarn, USA sowie Großbritannien, Niederlande, Norwegen und Schweiz. Für die Letztgenannten vier sind jedoch keine Informationen zum Anlagevolumen von Investmentfonds berücksichtigt worden

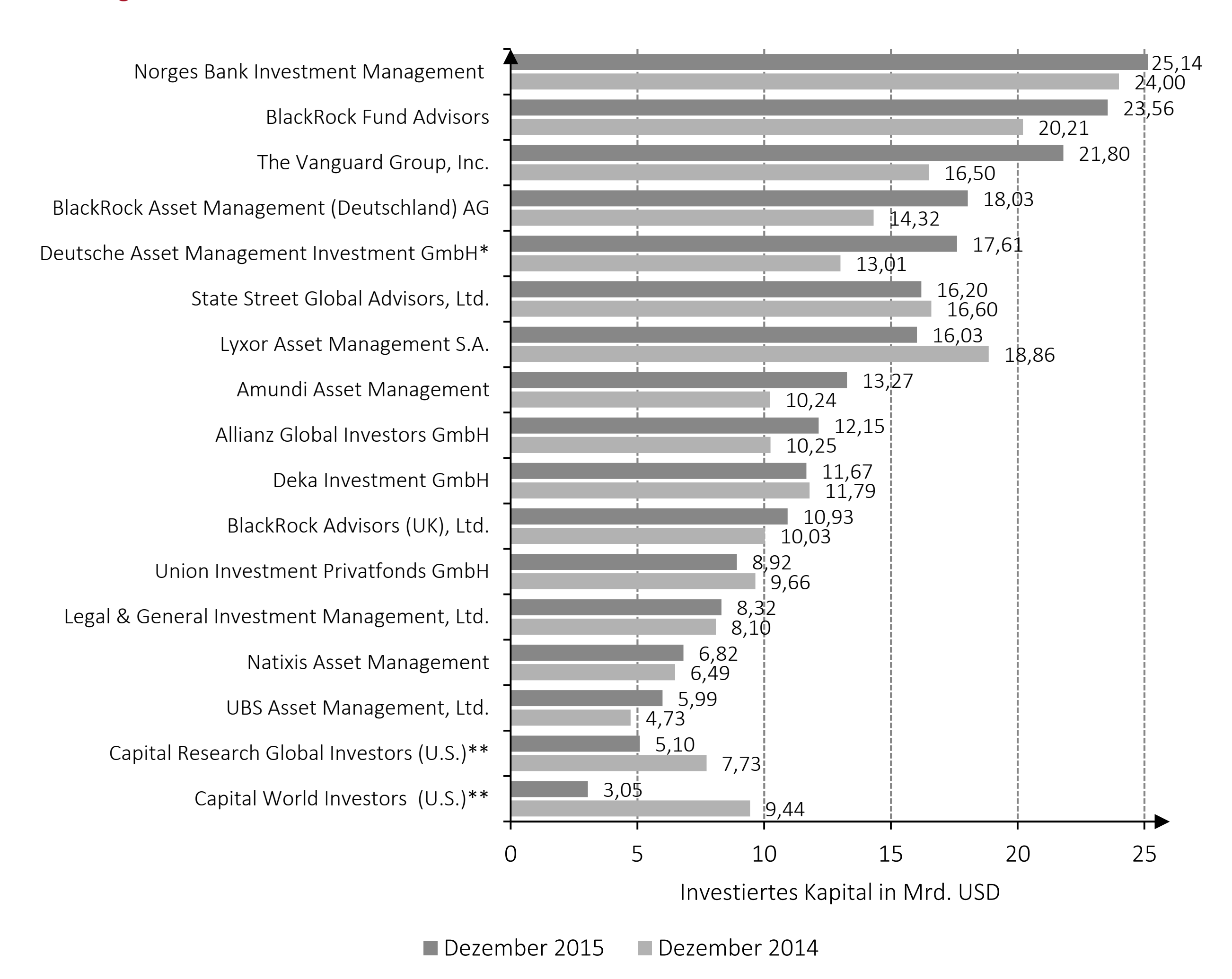
Quelle: OECD Institutional Investor Statistics

Abbildung III.12: Größte im Asset Management tätige Unternehmen nach verwaltetem Vermögen weltweit (2014)



Quelle: Towers Watson, The 500 largest asset managers. The P&I/Towers Watson global 500 research and ranking. Year end 2014, November 2015

Abbildung III.13: Größte 15 institutionelle Investoren des DAX 2014 und 2015



Anmerkungen: *Für 2014 beziehen sich die Angaben auf die Deutsche Asset & Wealth Management Investment GmbH. Mit ** gekennzeichnete Investoren waren 2015 nicht mehr unter den größten 15

Quelle: Eigene Darstellung nach Marktstudien des Deutschen Investor Relations Verbandes und Ipreo (DIRK/Ipreo, Investoren der Deutschland AG 3.0. Die Aktionärsstruktur des deutschen Leitindex DAX 30, Mai 2016)

Abbildung III.14: Größte Beteiligungen von Blackrock am Aktienkapital von DAX-Unternehmen (Stand: März 2016)

Unternehmen	Kapitalanteil von Blackrock
Vonovia	8,14
Bayer	6,61
E.ON	6,59
Munich Re	6,53
Deutsche Bank	6,44
BASF	6,40
Adidas	6,35
Allianz	6,28
Daimler	6,24
Deutsche Post	5,89
Merck KGaA	5,86
SAP	5,65
Linde	5,48
Siemens	5,43
Deutsche Börse	5,42
Fresenius Medical Care	5,39
Deutsche Telekom	5,10
Infineon	5,03

0% 1% 2% 3% 4% 5% 6% 7% 8% 9%

Kapitalanteil von Blackrock

Quelle: Ariva.de

6.2 Anreize zu weniger Wettbewerb durch indirekte Horizontalverflechtungen

671. Institutionelle Investoren sind weder in denselben Märkten tätig wie ihre Portfoliounternehmen, noch sind sie in einer Wertschöpfungskette diesen vor- oder nachgelagert. Dies unterscheidet institutionelle Investoren von Anteilseignern mit operativ strategischem Interesse und lässt zunächst keine wettbewerbsverzerrenden Effekte im Sinne von Abschottungseffekten vermuten. Anreize zu weniger intensivem Wettbewerb im Markt der Portfoliounternehmen könnten jedoch durch den Besitz von Anteilen desselben institutionellen Investors an mehreren Anbietern in diesem Markt bestehen. Die Annahme, dass Minderheitsbeteiligungen mit rein finanziellem Interesse zu weniger Wettbewerb führen können, ist in der wirtschaftswissenschaftlichen und wettbewerbspolitischen Diskussion nicht neu. Beispielsweise entwickelten Bresnahan und Salop (1986) bereits Ende der 1980er Jahre aus diesem Grund eine modifizierte Version des Herfindahl-Hirschman-Indexes zur Berücksichtigung von kapitalmäßigen und stimmrechtlichen Minderheitsbeteiligungen bei der Messung von Unternehmenskonzentration.[67] Die Monopolkommission hatte mit spezifischem Bezug auf branchenfremde Anteilseigner von Minderheitsbeteiligungen bereits in ihrem ersten Hauptgutachten 1973/1974 auf eine wesentliche Konzentrationswirkung von indirekten Horizontalverbindungen durch Banken hingewiesen.[68]

672. Hält ein diversifizierter Investor in einem Markt an mehreren Anbietern Kapitalanteile, so liegt es in dessen Interesse, die Rendite aus allen Anteilen insgesamt zu maximieren. Ein intensiver Wettbewerb zwischen den Portfoliounternehmen eines Marktes würde dem zunächst entgegenstehen, da Preise und Gewinnmargen aller Portfoliounternehmen erwartungsgemäß sinken würden. Vor diesem Hintergrund liegt es zunächst sowohl im Interesse der Portfoliounternehmen als auch im Interesse des diversifizierten Anlegers, die Gewinnmargen der Portfoliounternehmen durch weniger intensiven Wettbewerb über Wettbewerbsniveau zu halten. Wenn für einzelne Portfoliounternehmen Anreize bestünden, sich wettbewerblich zu verhalten, beispielsweise weil ihnen dadurch für eine gewisse Zeit Mono-

[67] Bresnahan, T. F./Salop, S. C., Quantifying the competitive effects of joint ventures, International Journal of Industrial Organisation 4, 1986, S. 155-175.

[68] Vgl. Monopolkommission, I. Hauptgutachten, a. a. O., u. a. Tz. 79.

polgewinne aus individuellen Wettbewerbsvorteilen erwachsen würden, so widerspricht dies dem Interesse des diversifizierten Anlegers, solange die aus anderen Portfoliounternehmen erwachsenden Renditeeinbußen nicht überkompensiert werden.

673. Durch die Abwesenheit eines operativ strategischen Interesses an den Portfoliounternehmen im klassischen Sinne einer gemeinsamen Wertschöpfungskette kann institutionellen Investoren eine Interessengleichheit bezüglich ihrer Portfoliorenditeoptimierung unterstellt werden. Nicht nur, aber vor allem dann, wenn sich die Menge der gehaltenen Portfoliounternehmen unterschiedlicher institutioneller Investoren in einem Markt zu einem gewissen Ausmaß überschneidet, bestünde sogar ein gemeinsames Interesse dieser Investoren an geringerer Wettbewerbsintensität im jeweiligen Markt. Eine derartige Interessengleichheit bedarf keinerlei Verflechtung zwischen den institutionellen Investoren selbst. Allerdings lässt sich beobachten, dass auch gerade große institutionelle Investoren miteinander über Minderheitsbeteiligungen verflochten sind. Zum Beispiel halten Vanguard, State Street und Wellington Anteile von bis zu über sechs Prozent direkt an Blackrock. Zusätzlich halten alle drei Anteile von bis über zehn Prozent an der Beteiligungsgesellschaft Financial Services Group, welche mit fast 24 Prozent größter Eigner von Blackrock ist. Umgekehrt hält Blackrock beispielsweise direkt Anteile an State Street und mittelbar über Fonds an Vanguard.[69] Diese Verflechtung unter institutionellen Investoren selbst unterstreicht zusätzlich die Annahme einer Interessengleichheit.

674. Allerdings dürfte das Interesse langfristig orientierter institutioneller Investoren an einer geringeren Wettbewerbsintensität auf dem Markt der Portfoliounternehmen nicht uneingeschränkt sein. Der Grund hierfür ist, dass fehlender Wettbewerb das Risiko ausbleibender Effizienzsteigerungen sowie langfristiger Investitionen birgt. Wettbewerbliches Verhalten könnte daher solange auch im Interesse diversifizierter Investoren liegen, wie die Renditeeinbußen durch Preise auf Wettbewerbsniveau nicht die Renditeeinbußen durch ausgebliebene Investitionen und Effizienzsteigerungen übersteigen. Alternativ könnten jedoch auch andere Anreize für Investitions- und Innovationstätigkeit geschaffen werden.

675. Die Monopolkommission sieht unter bestimmten Umständen ein Interesse institutioneller Anleger an weniger intensivem Wettbewerb zwischen deren Portfoliounternehmen eines Marktes. Dies gilt im Allgemeinen auch für andere diversifizierte Anleger, die Portfolioinvestitionen innerhalb eines Marktes halten. Das Vorliegen eines derartigen Interesses stellt allerdings keineswegs bereits ein hinreichendes Argument zur Annahme eines wettbewerbsverzerrenden Potenzials dar. Von Bedeutung ist diesbezüglich weiterhin, inwiefern institutionelle Investoren über die Möglichkeit verfügen, ihr Interesse gegenüber dem Management der Portfoliounternehmen durchzusetzen und/oder indirekte Horizontalbeteiligungen ein Parallelverhalten der Portfoliounternehmen ermöglichen oder erleichtern.

6.3 Strategische Einflussnahme institutioneller Investoren

676. Institutionelle Investoren haben vielfältige Möglichkeiten Einfluss auf das Management eines börsennotierten Portfoliounternehmens auszuüben: Z. B. durch Stimmrechtsausübung auf der Gesellschafterversammlung, durch Mitgliedschaft im Aufsichtsrat oder durch Versuche das Management direkt zu Änderungen zu bewegen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit des Verkaufs der gehaltenen Anteile, wobei zu berücksichtigen ist, dass auch allein die Möglichkeit zum Verkauf eine disziplinierende Wirkung entfalten kann.[70] Bezüglich der Einflussmöglichkeiten institutioneller Investoren müssen vor allem auch Unterschiede in den verfolgten Anlagestrategien berücksichtigt werden: Grundsätzlich lassen sich passive Anlagestrategien von aktiven unterscheiden. Bei passiven Anlagestrategien besteht unter Umständen keine Möglichkeit zur Desinvestition, da Beteiligungen an Portfoliounternehmen nur mittelbar, z. B. über Indexfonds, bestehen. Bei aktiven Anlagestrategien werden einzelne Portfolios durch ein ständiges Eingreifen der Verwalter angepasst und eine Einflussnahme über Veräußerung oder auch lediglich die Möglichkeit einer solchen erscheint hier wesentlich praktikabler.[71] Es gilt in diesem Zusammenhang anzumerken, dass Unternehmen in der Regel ein Interesse daran haben, gerade in aktiv verwaltete Fonds aufgenommen zu werden bzw. in ihnen zu verbleiben. Aus

---

[69] Vgl. Bureau van Dijk, Orbis-Datenbank, Stand 25. Mai 2016, Abruf am 25. Mai 2016.

[70] Vgl. Hirschman, A., Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971.

[71] Vgl. zur Unterscheidung aktiver und passiver Anlagestrategien institutioneller Investoren Davies, E. P./Steil, B., Institutional Investors, MIT Press, 2001, S. 58 ff.

diesem Grund sind regelmäßige Präsentationen zu Performance und Abschlüssen von Portfoliounternehmen bei ihren wichtigsten Aktionären der Regelfall. Nichtsdestotrotz ist keinesfalls anzunehmen, dass sich Investoren mit passiven Anlagestrategien auch zwangsläufig passiv gegenüber den Portfoliounternehmen verhalten. Dies belegen Äußerungen von Brancheninsidern und auch Ergebnisse empirischer wirtschaftswissenschaftlicher Forschung.[72] Eine aktuelle Befragung 143 großer institutioneller Investoren zeigt, dass von diesen beiden komplementären Einflussmöglichkeiten regelmäßig Gebrauch gemacht wird. Große Bedeutung muss hier vor allem Gesprächen „Hinter-den-Kulissen“ zwischen Vertretern institutioneller Investoren und Managern sowie Aufsichtsratsmitgliedern der Portfoliounternehmen beigemessen werden.[73]

677. Hält ein institutioneller Investor Minderheitsbeteiligungen an mehreren Anbietern in einem Markt, so lässt sich ein grundsätzliches Interesse des Anlegers an einer Maximierung der Gesamtportfoliorendite und somit unter Umständen ein Interesse an weniger Wettbewerb herleiten. Es ist weiterhin anzunehmen, dass selbst für institutionelle Investoren mit passiven Anlagestrategien zumindest Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Unternehmensführung bestehen, womit sich ein wettbewerbsverzerrendes Potenzial auf derartigen Märkten ergibt. Nach Ansicht der Monopolkommission ist in solchen Fällen allerdings unbedingt auch das Gewicht nicht-diversifizierter Gesellschafter zu berücksichtigen: Befindet sich ein Anbieter im Markt mit hinreichendem Marktanteil mehrheitlich im Eigentum eines nicht-diversifizierten Investors, so besteht hier womöglich ein Interesse an wettbewerblichem Verhalten des Zielunternehmens, wenn dieses zu einer Gewinnsteigerung zulasten seiner Wettbewerber – und damit womöglich zulasten der Portfoliorendite diversifizierter Gesellschafter – in der Lage ist. Im Falle von Mehrheitsanteilen wäre es einem solchen nicht-diversifizierten Gesellschafter möglich, sich gegen Minderheitsanteile diversifizierter Investoren durchzusetzen, womit ein wettbewerbsverzerrendes Potenzial unter Umständen abgeschwächt würde. Es gilt daher das Stimmgewicht und die Interessenlage nicht-diversifizierter Gesellschafter zu berücksichtigen. Dieser Aspekt wird beispielsweise auch bei der Berechnung der Marktkonzentration über einen modifizierten Herfindahl-Hirschman-Index nicht ausreichend berücksichtigt. Im Falle kollusiven Verhaltens der Portfoliounternehmen könnten allerdings nicht nur die diversifizierten Investoren von Preisen über Wettbewerbsniveau profitieren, sondern gleichfalls die beteiligten Portfoliounternehmen und somit auch ein nicht-diversifizierter Gesellschafter.

678. Wie in Tz. 672 ausgeführt wurde, gibt es Argumente, die für die Annahme eines gewissen Grades an Interessengleichheit verschiedener institutioneller Investoren in einem Markt sprechen. Aus diesem Grunde kann es sich als sachgemäß erweisen, den Kapitalanteil, welcher an einem Portfoliounternehmen insgesamt von institutionellen Investoren gehalten wird, aggregiert zu betrachten. Dies würde einer effektiven Minderheitskontrolle ähnlich sein, bei welcher mehrere Minderheitsgesellschafter durch gemeinsames Handeln faktisch ein Zielunternehmen kontrollieren. Wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass im Falle institutioneller Investoren eine Verhaltensabstimmung gar nicht

---

72 Ein Beipiel sind hier Äußerungen der ehemaligen Leitung der Corporate-Governance-Abteilung eines der weltgrößten Pensionsfonds (TIAA), John Wilcox, in der Financial Times, u. a.: „Having a passive investment strategy has nothing to do with your behavior as an owner.“, Financial Times, Passive investment, active ownership, 6. April 2014, Abruf am 13. Mai 2016. Eine aktuelle ökonometrische Studie findet in diesem Zusammenhang positive Auswirkungen auf die Managementqualität durch eine größere Beteiligung durch Indexfonds, Mullins, W., The Governance Impact of Index Funds: Evidence from Regression Discontinuity, MIT-Arbeitspapier, 7. Januar 2014. Vgl. hierzu auch die Einschätzung des Deutschen Investor Relations Verbandes zur Bedeutung des vorwiegend passiven Strategien folgenden Investors Blackrock: „Trotz der Größe des passiven Anteils ist Blackrock einer der wichtigsten Kunden einer IR-Abteilung, da die Bedeutung des indexierten Geldes des Hauses besonders bei der Abstimmung eine große Rolle spielt. Für deutsche Unternehmen fließen in der Regel aktive und passive Investments in den Entscheidungsprozess ein.“, DIRK/Ipreo, Investoren in der Deutschland AG 3.0, Mai 2016, S. 13.

73 McCahery, J.A./Sautner, Z./Starks, L. T., Behind the Scenes: The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors, Journal of Finance, 2016, doi: 10.1111/jofi.12393. Zu diesen Ergebnissen passt beispielsweise auch die Äußerung der Verantwortlichen für Unternehmensdialog und Stimmrechte für europäische Beteiligungen von Blackrock, Amra Balic: „Wenn es soweit kommt, dass wir auf einer Hauptversammlung sprechen müssen, um unsere Interessen durchzusetzen, ist das doch ein Zeichen dafür, dass der Dialog mit einem Unternehmen gescheitert ist.“, Wirtschaftswoche, Interview: Blackrock “Wir können nicht einfach verkaufen und weglaufen”, 8. April 2016, S. 83. Vgl. zur Diskussion aktiver Einflussnahme auch Azar, J./Schmalz, M.C./Tecu, I., Anti-Competitive Effects of Common Ownership, Ross School of Business Working Paper No. 1235, April 2015.

unbedingt vonnöten ist, welche – im Rahmen eines sogenannten „Acting in Concert“ – ohnehin an Rechtsfolgen geknüpft wäre.[74] Man kann in diesem Zusammenhang daher auch von einer Art passiver effektiver Minderheitskontrolle sprechen. Im Gegensatz zu klassischen Formen effektiver Minderheitskontrolle fällt eine solche passive Form strategischen Einflusses z. B. auch nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrollverordnung. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: In einem Markt befinden sich die Anteile aller Anbieter in Streubesitz, in der Regel gelten daher alle Unternehmen als unabhängig und es stellt sich insofern kein wettbewerbspolitisches Problem, da angenommen wird, dass jeder Anbieter einen Anreiz verfolgt, seine individuellen Gewinne auch zu Lasten seiner Konkurrenten zu maximieren. Wenn nun allerdings i) die Anteile aller Anbieter mehrheitlich von institutionellen Investoren gehalten werden, ii) die zusätzlich an anderen Anbietern desselben Marktes beteiligt sind und daher iii) ein gemeinsame Interesse an der Gesamtmarktrendite besteht, ergibt sich ein enormes wettbewerbsverzerrendes Potenzial. Hierfür bedarf es nicht notwendigerweise eines gemeinsamen Kapitalanteils institutioneller Investoren von über 50 Prozent. Eine wesentliche Möglichkeit zur Beeinflussung strategischer Entscheidungen könnte beispielsweise bereits mit einer Sperrminorität von 25 Prozent bestehen. Vielmehr als lediglich nach der Anteilshöhe institutioneller Investoren richtet sich die Einflussmöglichkeit derselben nach der Verteilung der übrigen Stimmrechte und deren tatsächlicher Wahrnehmung. So betrug beispielsweise die Präsenzquote auf Hauptversammlungen der DAX-30 Unternehmen 2015 zuletzt weniger als 55 Prozent, womit durchschnittlich bereits mit etwa 28 Prozent der Stimmrechte eine einfache Stimmenmehrheit bestünde.[75]

679. Die Höhe der Anteile institutioneller Investoren rückt lediglich dann in den Vordergrund, wenn (einzelne) Portfoliounternehmen gegenläufige Interessen vertreten. Z. B. könnte dies der Fall sein, wenn ein Portfoliounternehmen Anreize zu wettbewerblichem Verhalten hat, weil sich daraus für dieses ein Vorteil zulasten seiner Wettbewerber ergeben könnte. In vielen Fällen könnte jedoch sowohl aufseiten der Portfoliounternehmen als auch aufseiten der institutionellen Investoren ein gleichgerichtetes Interesse an Parallelverhalten herrschen, welches durch eine diversifizierte Beteiligungsstruktur institutioneller Investoren wesentlich erleichtert würde, und zwar gänzlich unabhängig von der Höhe der Beteiligungen. Ein weiterer Grund, warum die Höhe der Beteiligung durch einen institutionellen Investor bezüglich seiner Einflussmöglichkeiten eine nachrangige Rolle spielen kann, ist, dass Portfoliounternehmen sich darüber bewusst sind, in Zukunft womöglich auf eben diesen oder andere institutionelle Investoren zwecks Deckung ihres Finanzierungsbedarfs angewiesen zu sein.

6.4 Institutionelle Stimmrechtsberatung

680. Zunehmende Bedeutung kommt bei der Stimmrechtsausübung institutioneller Investoren institutionellen Stimmrechtsberatern zu, sogenannten Proxy Advisors. Stimmrechtsberatungsunternehmen werden von institutionellen Investoren mit der Vorbereitung von Hauptversammlungsabstimmungen im Sinne der Abgabe von Abstimmungsempfehlungen beauftragt. Den unterbreiteten Empfehlungen wird von den Auftraggebern in der Regel gefolgt. Der Markt für institutionelle Stimmrechtsberatung weist eine oligopolistische Struktur mit hohen Eintrittshürden auf und unterliegt keiner umfassenden Regulierung. Letztere ist jedoch seit einigen Jahren Gegenstand rechtswissenschaftlicher sowie wettbewerbspolitischer Diskussion.[76] Zu den größten Stimmrechtsberatern gehören die US-Unternehmen ISS, MCG und Glass Lewis.

---

[74] Der Vorwurf eines „Acting in Concert“ von Seiten der Portfoliounternehmen gegenüber institutionellen Investoren stellt indes keine Seltenheit dar. Allerdings kann allein die Äußerung eines derartigen Vorwurfs strategisches Mittel der Portfoliounternehmen sein, um die betroffenen Investoren von Abstimmungen auszuschließen, da diese in der Regel kein Interesse an einer weiteren juristischen Verfolgung des Vorwurfs haben.

[75] Vgl. Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e. V., SdK-Präsenzstatistik, Stand 30. September 2015, http://www.sdk.org/assets/Statistiken/HV-Praesenzen/praesenz-dax15.pdf, Stand 20. Juni 2016, Abruf am 20. Juni 2016.

[76] Vgl. hierzu unter anderem Schwarz, P., Institutionelle Stimmrechtsberatung. Rechtstatsachen, Rechtsökonomik, rechtliche Rahmenbedingungen und Regulierungsstrategien, Duncker & Humblot, Berlin, 2013; Weimer, S., Regulierungsmöglichkeiten des Proxy Advisor Marktes. Bedarf und Möglichkeiten eines Markteingriffs, Akademikerverlag, Saarbrücken, 2013; Rose, P., On the Role and Regulation of Proxy Advisors, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 142, 31. Januar 2011.

681. Trotz eines renditesteigernden Potenzials durch die Wahrnehmung von Stimmrechten auf Aktionärsversammlungen durch institutionelle Investoren haben diese in der Vergangenheit regelmäßig von einer Beteiligung an Abstimmungen abgesehen.[77] Aus rechtsökonomischer Perspektive kann dies – aufgrund der Trennung von Eigentum und Kontrolle bei Kapitalgesellschaften – als problematisch im Sinne eines Prinzipal-Agenten-Konflikts gesehen werden. Als wesentlicher Grund für die Nichtbeteiligung an Aktionärsabstimmungen durch institutionelle Investoren gilt das Risiko dabei gegen Rechtsvorschriften zu verstoßen. Hier handelt es sich um Rechtsfolgen, die unter anderem an ein konzertiertes Handeln mehrerer Anteilseigner, ein sogenanntes „Acting in Concert",[78] oder Insidergeschäfte geknüpft sind. Das Verbot von Insidergeschäften schränkt die Weitergabe von Informationen durch Emittenten an institutionelle Anleger im Rahmen persönlicher Gespräche stark ein.[79] Da Aktionärsabstimmungen üblicherweise durch persönliche Gespräche vorbereitet werden, besteht hier ein großes Risiko gegen Rechtsvorschriften zu verstoßen. Weiterhin besteht für institutionelle Investoren die Möglichkeit vom Aktionärsaktivismus anderer institutioneller Investoren zu profitieren, was zu einem Trittbrettfahrerverhalten führen kann.[80]

682. Mit der Beauftragung von Stimmrechtsberatern ergibt sich für institutionelle Anleger die Möglichkeit, Rechtsrisiken zu umgehen und im Rahmen der Corporate Governance ihrer Aktionärsverantwortung nachzukommen. Damit ist für institutionelle Anleger durch das Angebot der Stimmrechtsberatung eine ökonomische Neubewertung der Stimmrechtsausübung verbunden, die sich unmittelbar auf ihre Einflussmöglichkeiten auf strategische Entscheidungen ihrer Portfoliounternehmen auswirkt. Was aus Sicht der Corporate Governance und Rechtsökonomik wünschenswert ist, verstärkt aus Sicht der Monopolkommission wettbewerbspolitische Bedenken, indem ein Parallelverhalten der Portfoliounternehmen wesentlich vereinfacht wird. Entscheidend ist hier, dass Stimmrechtsberater einerseits eine koordinierende Rolle zwischen verschiedenen institutionellen Investoren einnehmen und dabei den Rechtstatbestand eines „Acting in Concert" umgehen können. Andererseits stehen Stimmrechtsberatern Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung zu Portfoliounternehmen zur Verfügung, welche auch in Abstimmungsempfehlungen berücksichtigt werden können, ohne unter das Verbot von Insidergeschäften zu fallen.[81] Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind Konstellationen besonders problematisch, in denen Stimmrechtsberater gleichzeitig die Unternehmen beraten, deren Aktionären sie Abstimmungsempfehlungen unterbreiten.[82]

6.5 Empirische Evidenz

683. Die Monopolkommission hat zur Abschätzung des tatsächlichen Vorliegens wettbewerbspolitisch problematischer Konstellation indirekter horizontaler Minderheitsbeteiligungen durch institutionelle Investoren eine eigene empirische Analyse auf Grundlage der in Abschnitt 3 beschriebenen Datengrundlage vorgenommen. Hierzu wurden Unternehmen identifiziert, an denen die größten institutionellen Investoren – unabhängig von ihrer Beteiligungshöhe – Kapitalbeteiligungen halten bzw. ein finanzielles Interesse haben. Die Auswahl der Investoren bezieht sich dabei auf

---

[77] Vgl. zur sogenannten „rationalen Apathie" institutioneller Anleger Schwarz, P., Institutionelle Stimmrechtsberatung. Rechtstatsachen, Rechtsökonomik, rechtliche Rahmenbedingungen und Regulierungsstrategien, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, S. 135 ff.

[78] Vgl. Tz. 678 in diesem Gutachten.

[79] Vgl. 1. § 14 Abs. 1 WpHG.

[80] Vgl. Fleischer, H./Strothotte, C., Ein Stewardship Code für institutionelle Investoren: Wohlverhaltensregeln und Offenlegung der Abstimmungspolitik als Vorbild für Deutschland und Europa?, Die Aktiengesellschaft, 221-233, 2011, S. 224 f.

[81] Vgl. Schwarz, P., Institutionelle Stimmrechtsberatung. Rechtstatsachen, Rechtsökonomik, rechtliche Rahmenbedingungen und Regulierungsstrategien, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, S. 149 f. und 267.

[82] Als Beispiel ist hier das Unternehmen ISS zu nennen.

die Muttergesellschaften der größten im Asset Management tätigen Unternehmen nach verwaltetem Vermögen weltweit.[83] Zusätzlich wurden Société Générale, Deka Investment und die DZ Bank als weitere unter den 15 größten Einzelinvestoren im DAX-Streubesitz berücksichtigt.[84] Es wurden sowohl direkte Beteiligungen der Muttergesellschaften an Portfoliounternehmen berücksichtigt als auch Beteiligungen, die indirekt über Tochtergesellschaften gehalten werden. Als Portfoliounternehmen wurden nur Unternehmen berücksichtigt, die innerhalb des Berichtskreises nicht weiter konsolidiert werden. Es wurden Beteiligungen identifiziert, wenn die Mutter- oder eine Tochtergesellschaft über ihre Identifikationsnummer unter den Anteilseignern eines erfassten Unternehmens gefunden werden konnte oder der Name eines Anteilseigners mit dem der Muttergesellschaft des institutionellen Investors nahezu identisch ist.[85]

684. Tabelle III.10 zeigt die Anzahl der identifizierten konsolidierten Portfoliounternehmen in Deutschland nach Investor und Wirtschaftsbereich für das Jahr 2012.[86] Es ist hier deutlich erkennbar, dass viele institutionelle Investoren in einem Wirtschaftsbereich mehrere Portfoliounternehmen halten. Besonders ausgeprägt ist dies in den Bereichen des produzierenden Gewerbes „Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, optischer und elektronischer Ausrüstung“ sowie „Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen“. In Letzterem konnten beispielsweise 28 Portfoliounternehmen der Deutschen Bank Gruppe zugerechnet werden, 15 der DZ Bank, 14 Vanguard und jeweils 13 der Allianz Gruppe und dem Norwegischen Staatsfonds.

685. Tabelle III.11 zeigt die Anzahl identifizierter Portfoliounternehmen in EU-28 Mitgliedstaaten und Norwegen und der Schweiz für das Jahr 2012. Im Bereich „Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen“ halten beispielsweise Vanguard und Blackrock Anteile an 74 bzw. 65 Portfoliounternehmen. Die Anzahl der Portfoliounternehmen je Investor in einem Wirtschaftsbereich kann allerdings auch weit höher liegen, so konnten für BPCE im Bereich „Grundstücks- und Wohnungswesen“ in Europa 123 Portfoliounternehmen identifiziert werden. Tabelle III.12 lässt sich die durchschnittliche Anzahl der größten institutionellen Anleger entnehmen, die an einem Portfoliounternehmen Kapitalanteile halten. Für Deutschland sind dies mehr als fünf im Bereich „Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen“. Für Europa sind es im Bereich „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ sogar über sechs. Dies zeigt, dass sich viele Unternehmen im Portfolio mehrerer der großen institutionellen Anleger gleichzeitig befinden, was ein gemeinsames Interesse der beteiligten Investoren nahelegt. Werden zusätzlich zu den größten auch andere institutionelle Investoren berücksichtigt, so zeigt sich, dass die Anzahl der identifizierten Portfoliounternehmen in allen Wirtschaftsbereichen beachtlich zunimmt: Im Bereich „Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen“ konnten in Deutschland 34 und in Europa 232 Unternehmen als Portfoliounternehmen der größten institutionellen Anleger identifiziert werden. Die Anzahl von Portfoliounternehmen sämtlicher institutioneller Anleger beträgt dagegen in Deutschland 369 und in Europa 4.002. Zwar handelt es sich hier lediglich um absolute Häufigkeiten, es ist jedoch anzunehmen, dass es sich bei den identifizierten Portfoliounternehmen um solche mit überdurchschnittlich großen Marktanteilen handelt. Dies legen auch die relativen Häufigkeiten in Tabelle III.12 nahe, welche zum einen den prozentualen Anteil von Portfoliounternehmen an den Unternehmen eines Wirtschaftsbereichs in den Daten insgesamt angeben und zum anderen den prozentualen Anteil von Portfoliounternehmen an allen börsennotierten Unternehmen eines Wirtschaftsbereichs: Im Bereich „Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse“ machen Portfoliounternehmen institutioneller Investoren sowohl in Deutschland mit 13 Prozent als auch in Europa mit 22 Prozent den größten Anteil aus. Der Anteil von börsennotierten

---

[83] Vgl. Abbildung III.12. Hierbei ist anzumerken, dass einzelne Tochtergesellschaften rechtlich selbstständige Einheiten darstellen können, die eine kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung mit der Muttergesellschaft verbindet. Trotz verbreiteter Mechanismen zur Vermeidung von Informationsaustausch und Interessenkonflikten zwischen einzelnen Gesellschaften oder Geschäftsbereichen, sogenannten „chinesischen Mauern“, erachtet die Monopolkommission eine Zusammenlegung der einzelnen Unternehmensgruppenteile im vorliegenden Kontext im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit als angebracht. Diese Konsolidierung sollte bei einer Einzelfallbetrachtung jedoch einer Prüfung unterzogen werden.

[84] Vgl. Abbildung III.13.

[85] Mit Letzterem soll unter anderem verhindert werden, dass namentlich eindeutig zuzuordnende Anteilseigner aufgrund abweichender Identifikationsnummer nicht erfasst werden. Es handelt sich z. B. um in Orbis vermerkte Anteilseigner mit der Bezeichnung „Vanguard via ist funds“. Weiterhin wurden Beteiligungen aus der Analyse ausgeklammert, die explizit im Namen einer dritten juristischen Person gehalten werden, da hier nicht mit ausreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass etwaige Stimmrechte vom jeweiligen institutionellen Anleger wahrgenommen werden können. Nicht identifiziert werden konnten Beteiligungen, die durch institutionelle Investoren mittelbar über ultimative Gruppenoberhäupter außerhalb des Berichtskreises an Unternehmen im Berichtskreis gehalten werden.

[86] Es gilt bei der Darstellung in Tabelle III.10 und Tabelle III.11 einerseits zu beachten, dass die sehr grobe Untergliederung von Wirtschaftsbereichen keine wettbewerblich relevanten Marktabgrenzungen widerspiegelt. Andererseits wurden die Unternehmen den Wirtschaftsbereichen nach dem Umsatzschwerpunkt zugeordnet, sodass einzelne Unternehmen grundsätzlich darüber hinaus in anderen Wirtschaftsbereichen tätig sein können.

Portfoliounternehmen an allen börsennotierten Unternehmen in demselben Wirtschaftsbereich beträgt für Deutschland und Europa jeweils knapp 93 Prozent.

686. Die Analyse der Verteilung von Portfoliounternehmen auf Investoren und Wirtschaftsbereiche kann zwar erste Hinweise auf das Vorliegen wettbewerblich möglicherweise problematischer Beteiligungskonstellationen liefern, aber keinen Beitrag zur Beantwortung der Frage leisten, ob es tatsächlich zu wettbewerbsverzerrenden Effekten kommt. Allerdings kann generell auch bereits ein ausgeprägtes nachgewiesenes wettbewerbsschädigendes Potenzial Grund genug für eine Handlungsnotwendigkeit sein. Nichtsdestotrotz existieren empirische Untersuchungen, die Preisanstiege auf die Beteiligung institutioneller Investoren zurückführen. Beispielsweise vergleicht ein aktuelles Forschungspapier zu diesem Thema die Auswirkungen der Übernahme von Barclays Global Investors durch Blackrock auf die Preise in der Luftfahrtbranche der USA. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass das Potenzial zu wettbewerbsschädigendem Verhalten ohne Berücksichtigung von Minderheitsbeteiligungen institutioneller Investoren weit unterschätzt wird und finden zudem Preissteigerungen durch eine Zunahme der Beteiligungskonzentration.[87] In einer weiteren Studie können höhere Preise für Finanzprodukte in der Bankenbranche mit höheren Beteiligungsraten durch diversifizierte institutionelle Investoren und wechselseitige Minderheitsbeteiligungen der Marktteilnehmer zusammengebracht werden.[88]

6.6 Fazit und Ausblick

687. Die Monopolkommission sieht ein wesentliches wettbewerbsverzerrendes Potenzial durch indirekte Horizontalbeteiligungen zwischen Portfoliounternehmen desselben Wirtschaftsbereichs über institutionelle Investoren. Dabei gilt dies theoretisch ebenso für Beteiligungen an Portfoliounternehmen entlang einer Wertschöpfungskette. Dieses Potenzial besteht trotz der geringen Höhe gehaltener Anteile und begrenzter Einflussmöglichkeiten institutioneller Investoren auf strategische Entscheidungen ihrer Portfoliounternehmen. Das wettbewerbsbeeinträchtigende Potenzial indirekter horizontaler Verflechtungen verschärft sich durch zusätzliche Faktoren, wie etwa das Vorliegen von Interessengleichheit verschiedener institutioneller Investoren und eine institutionalisierte Stimmrechtsberatung.

688. Länder- und sektorübergreifende empirische Analysen zur Verbreitung indirekter Horizontalverflechtungen über institutionelle Anleger für das Jahr 2012 demonstrieren die quantitative Relevanz derartiger Beteiligungskonzentrationen in Deutschland und Europa. Vor dem Hintergrund eines weltweit stark anwachsenden Investitionsvolumens institutioneller Anleger und einer tendenziellen Untererfassung von Beteiligungen in der verwendeten Datenbasis dürfte die diesbezügliche Unternehmensverflechtung seither noch zugenommen haben.

689. Unabhängig davon, ob Minderheitsbeteiligungen unmittelbar zwischen Unternehmen bestehen, die über eine Wertschöpfungskette horizontal oder vertikal miteinander verbunden sind oder mittelbar über institutionelle Anleger bestehen, folgen die Schadenstheorien im Kern denselben Mechanismen. Die Monopolkommission schließt sich der Einschätzung der Europäischen Kommission an, dass eine dringende Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen zwischen horizontal und vertikal über eine Wertschöpfungskette verbundenen Unternehmen derzeit nicht verhältnismäßig erscheint.[89] Diese Einschätzung ist nach Ansicht der Monopolkommission nicht auf das Phänomen indirekter Minderheitsbeteiligungen über institutionelle Investoren übertragbar, welches durch seine Omnipräsenz von größerer wettbewerbspolitischer Relevanz ist. Demnach wäre es zu begrüßen, wenn indirekten Minderheitsbeteiligungen über institutionelle Anleger mehr Aufmerksamkeit auch im Rahmen einer möglichen Fortentwicklung der europäischen Fusionskontrollverordnung auf europäischer Ebene zukäme.

690. Nichtsdestotrotz sieht die Monopolkommission weiteren Klärungsbedarf für wirtschaftspolitische Handlungsempfehlungen. Vor allem sektorspezifische Studien zur Unternehmensverflechtung über institutionelle Anleger und die Bedeutung von Anteilseignern mit Wettbewerbsinteresse sowie auch die Auswirkungen auf das Marktergebnis sind hier wünschenswert.

---

[87] Azar, J./Schmalz, M.C./Tecu, I., Anti-Competitive Effects of Common Ownership, Ross School of Business Working Paper No. 1235, April 2015.

[88] Azar, J./Raina, S./Schmalz, M., Ultimate Ownership and Bank Competition, preliminary SSRN Arbeitspapier, 16. März 2016.

[89] Vgl. Abschnitt 5 in diesem Kapitel.

Tabelle III.10: Anzahl Portfoliounternehmen nach größten Investoren in Deutschland (2012)

	Blackrock	Vanguard	State Street	Allianz	Fidelity	JPMorgan Chase	Bank of New York	Axa	Deutsche Bank	Goldman Sachs	Prudential	UBS	BNP Paribas	Legal & General	Sas Rue La Boetie	HSBC	Northern Trust	Wellington	BPCE	Capital Group	Société Générale	Norwegen	Deka Bank	DZ Bank
Land- und Forstwirtschaft	0	2	0	2	0	1	0	0	2	0	0	2	1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	1
Bergbau und Gew. von Steinen und Erden	1	1	1	1	0	1	0	1	2	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	2
Herst. Von Nahrungsmitteln und Tabak	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Herstellung von Textilien	2	2	1	2	0	1	2	1	4	0	1	1	2	0	1	0	0	0	1	2	1	2	1	3
Herst. von Holz-, Papier-, Druckwaren u. a.	1	1	0	1	0	0	0	0	2	0	0	2	1	0	0	2	0	1	0	0	0	1	0	1
Herst. chemischer Erzeugnisse	3	5	3	3	0	2	1	3	3	0	1	4	1	0	3	3	0	1	3	2	1	5	4	5
Herst. pharmazeutischer Erzeugnisse	2	1	1	2	0	1	2	1	6	0	1	3	1	0	1	3	0	1	1	1	1	1	5	2
Herst. von Kunststoff-, Gummi-, Glas- u. Keramikwaren	2	2	1	2	0	1	0	1	4	1	0	2	1	0	1	2	0	1	1	0	1	2	1	3
Metallerzeugung und -erzeugnisse	1	1	1	1	0	0	0	1	5	0	0	3	0	0	0	2	0	0	1	0	1	4	0	4
Herst. von Datenverarbeitungsgeräten u. a.	12	10	3	15	0	10	5	5	19	1	0	8	3	0	1	5	1	2	5	4	2	13	8	14
Herst. von Maschinen und Fahrzeugen	10	14	5	13	1	12	3	7	28	0	4	12	6	0	5	6	0	1	3	5	1	13	10	15
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	3	3	1	3	0	1	2	1	4	0	0	1	1	0	1	0	0	0	3	1	1	3	3	1
Handel	5	6	3	15	1	7	5	5	11	1	3	4	3	0	2	5	0	0	2	4	0	8	5	9
Gastgewerbe	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0
Baugewerbe und Infrastruktur	3	3	1	4	0	2	2	2	7	0	0	4	2	0	2	3	1	1	3	0	1	3	4	5
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	8	10	6	10	1	7	3	3	12	2	2	5	2	1	1	4	1	1	3	4	4	7	4	8
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	4	3	3	6	2	2	1	4	11	1	1	4	2	0	1	1	0	0	1	1	0	2	4	8
Grundstücks- und Wohnungswesen	5	5	4	8	0	4	2	5	7	1	1	3	5	0	3	4	1	1	3	0	3	3	3	7
Sonstige Dienstleistungen	6	8	3	21	0	9	2	11	24	3	3	8	4	1	1	13	0	0	7	2	4	4	9	15

Anmerkungen: Berücksichtigt wurden direkte Beteiligungen und indirekte Beteiligungen über mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften an konsolidierten Unternehmen mit Sitz in Deutschland (vgl. zur verwendeten Datenbasis Abschnitt 3 in diesem Kapitel); Zuordnung der Portfoliounternehmen zu Wirtschaftsbereichen nach Umsatzschwerpunkt

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten von Bureau van Dijk

Tabelle III.11: Anzahl Portfoliounternehmen nach größten Investoren in Europa (2012)

	Blackrock	Vanguard	State Street	Allianz	Fidelity	JPMorgan Chase	Bank of New York	Axa	Deutsche Bank	Goldman Sachs	Prudential	UBS	BNP Paribas	Legal & General	Sas Rue La Boetie	HSBC	Northern Trust	Wellington	BPCE	Capital Group	Société Générale	Norwegen	Deka Bank	DZ Bank
Land- und Forstwirtschaft	9	7	4	10	0	10	5	6	5	1	1	8	6	2	11	8	1	2	5	1	9	10	2	2
Bergbau und Gew. von Steinen und Erden	55	37	37	22	4	58	29	39	31	30	19	47	38	30	29	68	26	13	12	16	53	47	15	14
Herst. von Nahrungsmitteln und Tabak	31	33	30	24	5	28	16	23	26	15	15	32	24	16	24	25	13	4	26	16	26	33	11	8
Herstellung von Textilien	14	8	9	11	2	10	6	12	9	4	8	15	14	8	6	12	4	3	11	4	12	10	2	5
Herst. von Holz-, Papier-, Druckwaren u. a.	33	37	29	20	1	25	22	25	17	9	13	30	30	13	16	35	10	5	14	9	16	43	8	8
Herst. chemischer Erzeugnisse	31	33	25	20	1	18	17	33	24	10	17	32	15	10	21	32	13	4	15	13	25	41	11	12
Herst. pharmazeutischer Erzeugnisse	30	31	14	19	4	17	12	20	22	9	13	35	27	8	16	30	10	13	17	7	20	36	15	6
Herst. von Kunststoff-, Gummi-, Glas- u. a.	19	20	14	15	1	13	11	20	15	4	7	16	18	8	8	26	4	3	8	5	13	19	5	8
Metallerzeugung und -erzeugnisse	40	39	24	23	3	33	15	28	19	9	11	30	39	16	14	39	16	4	19	10	21	46	8	16
Herst. von Datenverarbeitungsgeräten u. a.	65	58	39	50	7	56	37	67	54	17	24	60	55	27	28	57	22	12	46	26	49	71	27	23
Herst. von Maschinen und Fahrzeugen	65	74	51	52	6	60	28	57	55	17	27	63	56	23	41	55	16	8	57	25	39	84	21	27
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	33	32	25	23	3	18	16	20	17	11	7	24	23	7	27	16	7	1	20	6	19	45	14	13
Handel	59	70	44	74	9	63	40	63	46	27	30	56	67	31	46	76	25	7	67	27	52	82	18	29
Gastgewerbe	10	11	11	10	2	12	6	13	9	6	6	11	23	7	7	11	6	3	15	1	17	14	2	6
Baugewerbe und Infrastruktur	65	69	50	60	11	68	36	62	52	19	31	61	67	34	68	64	30	10	99	17	70	89	13	21
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	59	57	46	40	16	50	38	52	42	21	27	54	50	31	37	47	17	7	49	20	49	87	13	30
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	26	25	17	38	17	25	23	43	21	7	11	22	37	13	20	33	7	2	60	7	20	32	7	17
Grundstücks- und Wohnungswesen	52	52	41	46	2	26	25	61	31	18	24	103	69	19	58	32	15	3	123	5	30	51	6	9
Sonstige Dienstleistungen	77	58	67	92	15	83	53	106	80	39	47	82	102	59	74	132	39	12	121	23	111	83	17	30

Anmerkungen: Berücksichtigt wurden direkte Beteiligungen und indirekte Beteiligungen über mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften an konsolidierten Unternehmen mit Sitz in EU-28 Staaten sowie Norwegen und der Schweiz (vgl. zur verwendeten Datenbasis Abschnitt 3 in diesem Kapitel); Zuordnung der Portfoliounternehmen zu Wirtschaftsbereichen nach Umsatzschwerpunkt

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten von Bureau van Dijk

Tabelle III.12: Portfoliounternehmen insgesamt nach Wirtschaftsbereichen (2012)

	Anzahl Portfoliounternehmen der größten institutionellen Anleger*		Durchschnittliche Anzahl größter institutioneller Anleger* an Portfoliounternehmen (%)		Anzahl Portfoliounternehmen sämtlicher institutioneller Anleger		Anteil Portfoliounternehmen sämtlicher institutioneller Anleger an Unternehmen des Wirtschaftsbereichs (%)		Anteil Portfoliounternehmen aller institutioneller Anleger an börsennotierten Unternehmen des Wirtschaftsbereichs (%)	
	Deutschland	Europa	Deutschland	Europa	Deutschland	Europa	Deutschland	Europa	Deutschland	Europa
Land- und Forstwirtschaft	3	47	4,67	2,66	30	688	2,98	4,78	100,00	62,50
Bergbau und Gew. von Steinen und Erden	4	127	3,50	6,06	14	545	5,05	15,14	100,00	93,57
Herst. von Nahrungsmitteln und Tabak	2	99	1,00	5,09	88	2.021	2,75	8,99	57,91	69,23
Herstellung von Textilien	6	53	5,00	3,75	59	1.058	4,43	7,90	53,33	70,07
Herst. von Holz-, Papier-, Druckwaren u. a.	6	108	2,17	4,33	85	1.466	2,29	7,71	50,00	76,22
Herst. chemischer Erzeugnisse	11	87	5,09	5,44	75	946	7,56	14,86	81,82	83,33
Herst. pharmazeutischer Erzeugnisse	11	89	3,36	4,84	35	348	13,41	22,34	92,86	92,37
Herst. von Kunststoff-, Gummi-, Glas- u. a.	7	75	4,14	3,73	165	2.058	4,54	10,17	61,54	82,09
Metallerzeugung und -erzeugnisse	15	144	1,67	3,63	192	2.872	2,40	7,95	63,64	79,19
Herst. von Datenverarbeitungsgeräten u. a.	30	199	4,87	4,91	203	1.671	5,41	11,88	86,28	85,71
Herst. von Maschinen und Fahrzeugen	34	232	5,12	4,34	369	4.002	4,15	9,74	70,97	80,00
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	7	88	4,71	4,85	96	1.160	4,75	12,06	71,43	78,91
Handel	40	321	2,60	3,45	1.188	14.208	2,85	6,91	80,85	74,16
Gastgewerbe	3	63	1,00	3,48	80	2.484	3,18	9,41	0,00	82,47
Baugewerbe und Infrastruktur	11	326	4,82	3,58	399	8.940	1,52	6,29	52,63	71,55
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	25	230	4,36	4,08	148	1.631	9,84	15,83	76,67	86,17
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	25	217	2,48	2,44	231	2.164	6,73	14,06	68,97	77,55
Grundstücks- und Wohnungswesen	22	356	3,55	2,53	268	3.019	8,60	13,06	70,59	80,26
Sonstige Dienstleistungen	80	586	1,98	2,73	1.062	8.913	5,42	11,43	76,19	77,23

Anmerkungen: *Vgl. institutionelle Anleger in Tabelle III.10 und Tabelle III.11. Berücksichtigt wurden direkte Beteiligungen und indirekte Beteiligungen über mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften an konsolidierten Unternehmen mit Sitz in Deutschland und EU-28 Staaten in EU-28 Staaten sowie Norwegen und der Schweiz (vgl. zur verwendeten Datenbasis Abschnitt 3 in diesem Kapitel); Zuordnung der Portfoliounternehmen zu Wirtschaftsbereichen nach Umsatzschwerpunkt

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten von Bureau van Dijk

Kapitel IV
Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

Kurz gefasst

In Kapitel IV des Hauptgutachtens entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in den Berichtsjahren 2014/2015 Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden. Die Monopolkommission setzt sich insbesondere mit den legislativen Entwicklungen, der Durchführung quantitativer Analysen, dem Effizienzeinwand, dem Compliance-Einwand und den Kausalitätsfragen bei Sanierungsfusionen auseinander.

Ein Schwerpunkt des Kapitels bildet die Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Behandlung von digitalen Phänomenen. Zu nennen sind insbesondere die Fusionsverfahren zu Datingplattformen, Immobilienplattformen und Vergleichsplattformen sowie vertikale Beschränkungen des Onlinevertriebs. Bereits im vergangenen Jahr hat die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 68 Vorschläge gemacht, wie der Gesetzgeber den Herausforderungen digitaler Märke begegnen kann. Insbesondere hat sie empfohlen, die Aufgreiftatbestände der Fusionskontrolle zu erweitern, um auch Übernahmen von Unternehmen mit nur geringen Umsätzen einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterziehen zu können. In Anbetracht der Dynamik digitaler Märkte und der hohen Komplexität der in diesem Bereich auftretenden Wettbewerbsprobleme hat sie sich ferner für Änderungen im Verfahrensrecht für das kartellrechtliche Missbrauchsverfahren ausgesprochen. Die Umsetzung dieser Empfehlungen wird derzeit auf deutscher und europäischer Ebene geprüft.

Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum von einer weiteren Konsolidierung des Telekommunikationssektors geprägt, eine Untersagung im Telekommunikationssektor wurde im Mai 2016 ausgesprochen. Daneben stand insbesondere der Erhalt von Innovationswettbewerb im Fokus der Europäischen Kommission. Im Bereich der Automobilzulieferindustrie hat die Europäische Kommission den größten bisherigen Kartellkomplex untersucht und Bußgelder in Milliardenhöhe an eine Vielzahl von kartellbeteiligten Unternehmen verhängt. Die Monopolkommission empfiehlt eine Sektoruntersuchung in diesem Bereich.

In Deutschland hat der Lebensmitteleinzelhandel eine bedeutende Rolle in der Fallpraxis gespielt. Die Übernahme der mehr als 450 Filialen von Kaiser's Tengelmann durch Edeka war von besonderem Interesse, weil es sich um den ersten Fall in der nationalen Amtspraxis handelt, der untersagt wurde, weil er wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, ohne dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wurde. Die Möglichkeit der Untersagung nach dem sogenannten SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) wurde im Rahmen der 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 eingeführt. Dem Fall kam darüber hinaus eine herausragende Bedeutung zu, weil das Übernahmevorhaben später durch eine Ministererlaubnis unter Nebenbestimmungen erlaubt wurde. Die Monopolkommission hatte sich in ihrer obligatorischen Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 GWB gegen eine Ministererlaubnis ausgesprochen. In dem Zusammenschlussverfahren spielte auch die Bewertung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel des Bundeskartellamtes eine bedeutende Rolle. In dem vorliegenden Kapitel geht die Monopolkommission daher auf die Untersuchungen und Schlussfolgerungen der Sektoruntersuchung ein. Positiv zu würdigen ist, dass die möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie analysiert werden und damit der neueren ökonomischen Forschung gefolgt wird. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns auf die Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es allerdings einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels in die Analyse bedurft. Im Rahmen der Sektoruntersuchung gelingt es nicht, zwischen effizienzbedingten und durch Nachfragemacht erreichten Konditionenverbesserungen hinreichend zu unterscheiden.

In dem Verfahren um die gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg stand die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit im Mittelpunkt. Die Monopolkommission stellt dar, dass auch die dem Holzverkauf vorgelagerten forstwirtschaftlichen Tätigkeiten nach geltendem Recht wirtschaftlicher Natur sind. Sie spricht sich gegen eine geplante gesetzliche Regelung aus, die den Holzverkauf vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausschließen würde.

Die Monopolkommission sieht Ex post-Evaluationen im Bereich der Wettbewerbspolitik als ein Instrument zur Verbesserung der Durchsetzung kartellrechtlicher Vorschriften und des Kartellrechts an. Sie hält eine systematische Durchführung insbesondere von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen vonseiten des Bundeskartellamtes zur Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Effektivierung des Kartellrechts grundsätzlich für geboten.

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1 Deutsche Fusionskontrolle

1.1 Allgemeine Entwicklung

691. Die Fusionskontrolle ist einer der wichtigsten Tätigkeitsbereiche im Rahmen der Amtspraxis des Bundeskartellamtes. Die Anzahl der zur Prüfung angemeldeten Fälle hat in den Jahren 2014 und 2015 leicht zugenommen. Die allermeisten Fälle wurden in der ersten, einmonatigen Prüfungsphase freigegeben, da keine wettbewerblichen Bedenken bestanden. Hat die Behörde wettbewerbliche Bedenken, tritt sie in die so genannte Hauptprüfungsphasen ein, in der eine vertiefte Prüfung stattfindet und die, in der Regel spätestens nach insgesamt vier Monaten, mit einer förmlichen Verfügung abgeschlossen wird. Verfügt wird entweder die Freigabe des Zusammenschlusses, eine Freigabe mit Nebenbestimmungen oder eine Untersagung. Ein Zusammenschluss ist zu untersagen, wenn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Im vorliegenden Berichtszeitraum wurden von insgesamt 18 Verfahren, die nach einer vertieften Prüfung entschieden wurden, zwei Zusammenschlussvorhaben untersagt. Zwei weitere konnten nur mit Nebenbestimmungen freigegeben werden. Soweit Unternehmen Anmeldungen zurückziehen, trifft das Bundeskartellamt keine förmliche Entscheidung. Anmeldungen werden in der Regel aufgrund wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes zurückgezogen oder weil das Fusionsvorhaben aus anderweitigen Gründen aufgegeben wird. Die Rücknahme einer Anmeldung erfolgt entweder in der ersten Prüfungsphase oder in der Hauptprüfungsphase. Bei Rücknahmen und bei Fällen, die aufgrund von Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt nicht oder lediglich modifiziert angemeldet wurden, spricht man von sogenannten Vorfeldfällen. Gemeint sind damit Fälle, in denen eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs verhindert wurde, ohne dass das Bundeskartellamt eine förmliche Entscheidung getroffen hat. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt elf Vorfeldfälle registriert.

692. Eines der wichtigsten Verfahren in der Berichtsperiode war das Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaiser’s Tengelmann. Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben untersagt, weil es zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels und auf bundesweiten Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels geführt hätte. Dem Fall kommt aus zwei Blickwinkeln hohe Bedeutung zu. Erstens haben die beteiligten Unternehmen eine Ministererlaubnis beantragt, die vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie gegen die Empfehlung der Monopolkommission unter Nebenbestimmungen erteilt wurde. Zweitens handelt es sich um den ersten Fall in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes, der untersagt wurde, weil der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, ohne dass gleichzeitig eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Eine solche Untersagung ist seit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle Mitte des Jahres 2013 möglich. Im Rahmen dieser Novelle wurde mit dem sogenannten SIEC-Test[1] ein neues Untersagungskriterium in das nationale Kartellrecht eingeführt, welches in einem stärkeren Maße als zuvor die wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses berücksichtigt und eine bestehende Schutzlücke geschlossen hat.

693. Im Fokus des Interesses standen in den vergangenen zwei Jahren zudem Fusionsvorhaben auf Plattformmärkten. Typisch für diese Märkte ist, dass sie zwei oder mehr Marktseiten haben. Solche Strukturen bergen besondere Herausforderungen für die ökonomische Analyse in einer kartellrechtlichen Prüfung, beispielsweise bei der Marktabgrenzung. Standardmodelle aus der Welt der einseitigen Märkte sind dabei vielfach nicht anwendbar. Im Berichtszeitraum gab es eine Reihe von Fällen, bei denen Zusammenschlüsse von Online-Plattformen geprüft wurden. Betroffen waren die Märkte für Dating-, Immobilien- und Vergleichsplattformen. Das Bundeskartellamt hat, unter anderem um die Kompetenzen bei der kartellrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen zu stärken, in der zuständigen Beschlussabteilung eine sogenannte Task Force gebildet, die sich speziell mit den Besonderheiten von Plattformen und Netzwerken beschäftigt und Grundsätze für die kartellrechtliche Behandlung entwickelt. Erste Arbeitsergebnisse des Task Force sind nach eigenen Angaben des Bundeskartellamtes bereits in die Fallpraxis eingeflossen. Zudem wurden diese in einem eigenen Arbeitspapier veröffentlicht.[2]

---

[1] SIEC = Significant Impediment to Effective Competition (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs).

[2] Vgl. BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016.

694. Weiterentwickelt hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Anwendungspraxis bei Sanierungsfusionen. Geprüft und anerkannt wurden die Voraussetzungen erstmals bei unselbstständigen Betriebsteilen (failing division). Betroffen waren jeweils Fusionen im Pressebereich. Geprüft wurde in diesem Zusammenhang auch die Reichweite der im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführten Pressesanierungsklausel, mit der die Übernahme kleiner und mittlerer Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag erleichtert werden soll, bevor diese gezwungen sind, einen Insolvenzantrag zu stellen und damit als Teil der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs gänzlich aus dem Markt auszuscheiden.

695. Angekündigt hat das Bundeskartellamt die Veröffentlichung eines Leitfadens über Zusagen in der Fusionskontrolle.[3] Zusagen können relevant werden, wenn ein Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme aufwirft. Die beteiligten Unternehmen können die Untersagung des Zusammenschlusses vermeiden, wenn sie Zusagen anbieten, die geeignet sind, das Wettbewerbsproblem vollständig zu beseitigen. Der Leitfaden, der zum Abschluss dieses Gutachtens noch nicht vorlag, soll erläutern, welche Arten von Zusagen das Bundeskartellamt entgegen nimmt, welche Anforderungen diese erfüllen müssen und wie sie umgesetzt werden.

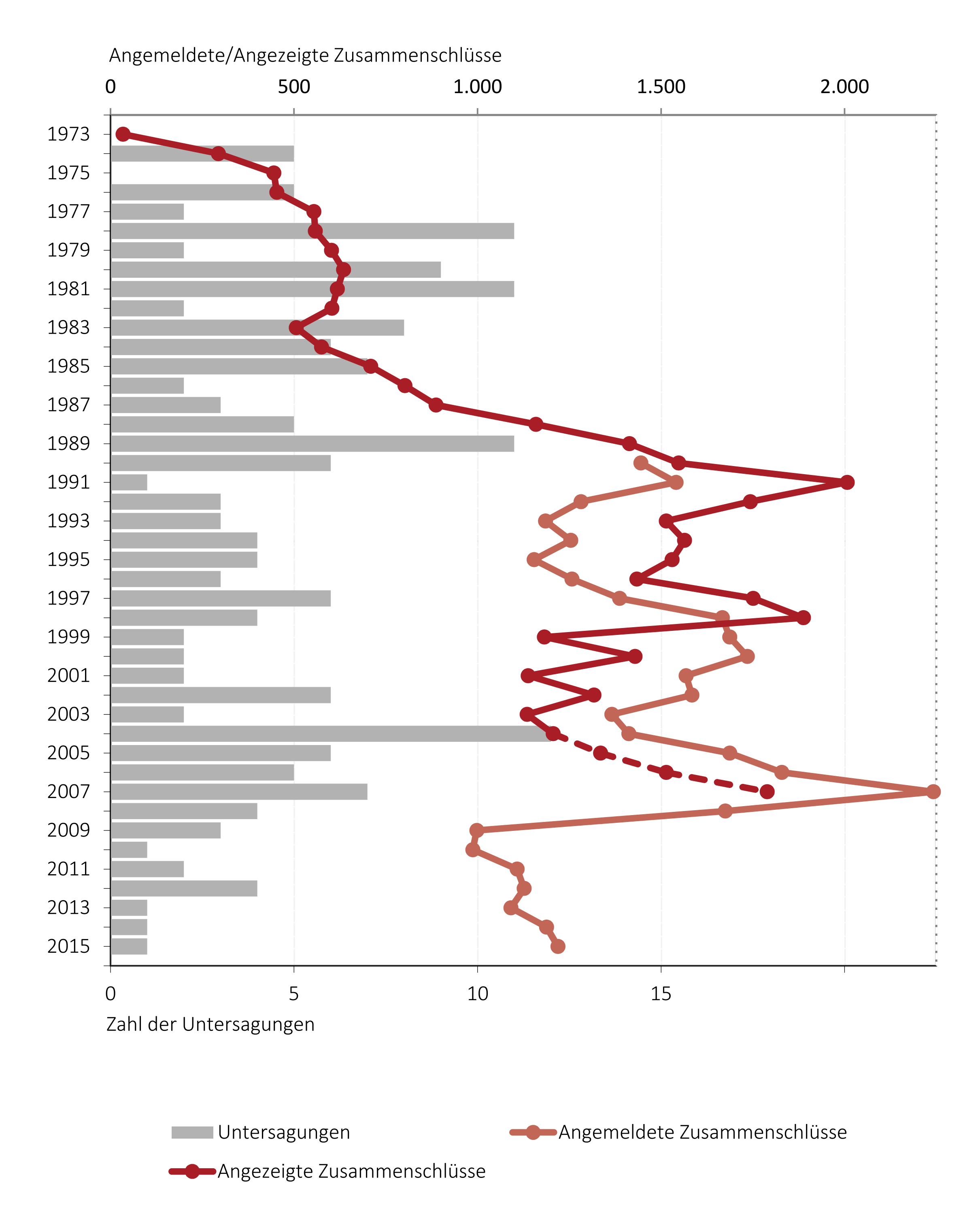
1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum

696. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2014 gegenüber 2013 von 1.091 auf 1.188 gestiegen. Im Jahr 2015 stieg die Zahl der Anmeldungen erneut leicht an und erreichte einen Wert von 1.219. Demnach konnte in den vergangenen drei Jahren ein leichter Aufwärtstrend bei den Anmeldungen beobachtet werden, nachdem die Zahlen seit 2009 in Folge der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle gesunken waren.

697. Von den 2.407 im Berichtszeitraum 2014/2015 angemeldeten Fusionen wurden 2.292 in der 1. Phase freigegeben. In der 2. Phase wurden 14 Anmeldungen ohne Nebenbestimmungen und zwei mit Nebenbestimmungen freigegeben. Zwei Zusammenschlussvorhaben wurden untersagt. Genaueres ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

[3] Vgl. BKartA, Jahresbericht 2015, S. 10.

Abbildung IV.1: Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Anmerkung: Die abrupte Abnahme der angezeigten Zusammenschlüsse zwischen 1998 und 1999 ist auf die Erhöhung der Schwellenwerte der Fusionskontrolle von DM 500 Mio. auf DM 1 Mrd. im Rahmen der Abschaffung der nachträglichen und Einführung der generellen präventiven Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle zurückzuführen. Dadurch hat sich die Zahl der erfassten Zusammenschlüsse insgesamt verringert; die aktuell in § 39 Abs. 6 GWB geregelte Anzeigepflicht hat insoweit keine eigenständige Bedeutung mehr. Das Bundeskartellamt hat die statistische Aufbereitung der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse nach Inkrafttreten der siebten GWB-Novelle 2005 nicht mehr fortgeführt. Bis zum Berichtszeitraum 2006/2007 wurde die Zahl für die Monopolkommission jedoch noch im Rahmen einer Sonderauswertung erhoben (gestrichelte Linie). Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich aus der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.1: Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1989/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.071	12
2008/2009	-	2.673	7
2010/2011	-	2.095	3
2012/2013	-	2.218	5
2014/2015	-	2.407	2
Davon: 2014	-	1.188	1
2015	-	1.219	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	36.675	188

Anmerkung: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nunmehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2: Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren

Angemeldete Zusammenschlüsse

0 500 1.000 1.500 2.000

Jahr	Untersagungen	Freigaben mit Nebenbestimmungen	Freigaben	Rücknahmen	Angemeldete Zusammenschlüsse
1999	2	5	45	3	1.687
2000	2	4	40	5	1.735
2001	2	14	35	6	1.568
2002	6	11	27	10	1.584
2003	2	7	25	10	1.366
2004	12	2	11	8	1.412
2005	6	4	19	6	1.687
2006	5	6	24	4	1.829
2007	7	8	14	12	2.242
2008	4	4	7	4	1.675
2009	3	5	13	4	998
2010	1	3	6	5	987
2011	2	1	3	2	1.108
2012	4	1	11	4	1.127
2013	1	2	6	2	1.091
2014	1	1	8	10	1188,0
2015	1	1	6	2	1219,0

0 10 20 30 40 50

Zweite-Phase-Fälle: Entscheidungen/Rücknahmen



Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2014 und 2015

	2013	2014	2015
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.091	1.188	1.219
Vorfeldfälle	4	7	4
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe ohne Nebenbestimmungen	984	1.113	1.169
Keine Kontrollpflichtigkeit	65	39	47
Rücknahme/Einstellung	18	14	15
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	9	10	8
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	6	8	6
Freigabe mit Nebenbestimmungen	2	1	1
Untersagung	1	1	1
Rücknahme/Einstellung	2	10	2

Anmerkungen: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren. Vorfeldfälle sind Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein sehr geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück

Quelle: Bundeskartellamt

1.3 Anwendung des SIEC-Tests

698. Mit der 8. GWB-Novelle wurde der sogenannte SIEC-Test[4] in die deutsche Fusionskontrolle übernommen.[5] Dieser hat zum 30. Juni 2013 den Marktbeherrschungstest als Untersagungstatbestand abgelöst. Gemäß § 36 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist seitdem ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt zu untersagen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bleibt damit weiterhin als Regelbeispiel Teil der gesetzlichen Regelung. Neben der Marktbeherrschung können jedoch auch andere Aspekte herangezogen werden, um zu belegen, dass ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen wird. Insbesondere ist zu prüfen, ob es zu einer Wettbewerbsbehinderung aufgrund unilateraler oder koordinierter Effekte kommen könnte.

---

4 SIEC = Significant Impediment to Effective Competition (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs).

5 Siehe dazu bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 557 ff. sowie Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 14 ff.

699. Die Änderung des Untersagungskriteriums erlangt vor allem dann Bedeutung, wenn der Zusammenschluss zwar keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, aber dennoch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist.[6] Bei Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums besteht in einem solchen Fall eine Schutzlücke, die durch die Einführung des SIEC-Tests geschlossen wurde. Denkbar ist eine Schutzlücke insbesondere bei sogenannten „Aufholfusionen“, bei denen sich das zweit- und drittgrößte Unternehmen auf einem Markt zusammenschließen. In diesem Fall sind erweiterte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensspielräume denkbar, ohne dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Das neue Untersagungskriterium würde (ausnahmsweise) in diesen „Lücken“-Fällen (gap cases) zu abweichenden Ergebnissen führen und insoweit eine gewisse Verschärfung der Fusionskontrolle mit sich bringen.

1.3.1 Entwicklung seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums

700. Die Fallpraxis des Bundeskartellamtes nach Einführung des SIEC-Tests zeigt, dass das neue Untersagungskriterium in der Tat nicht zu signifikant höheren Anforderungen für die Freigabe eines Zusammenschlusses geführt hat. Das SIEC-Kriterium ermöglicht allerdings eine vertiefte ökonomische Betrachtung der wettbewerblichen Auswirkungen auf den betroffenen Märkten. Mittlerweile kommt der Prüfung des Vorliegens unilateraler Effekte zumindest bei einigen Entscheidungen eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber dem Merkmal der Marktbeherrschung zu.[7]

701. Dies gilt unter anderem für die wettbewerbliche Würdigung in der „GoodMills“-Entscheidung.[8] In dieser Entscheidung stellt das Bundeskartellamt zunächst fest, dass der Marktanteil nach dem Zusammenschluss deutlich unter der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung liegt und die Wettbewerber in ihrer Gesamtheit auch nach dem Zusammenschluss in der Lage sind, den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten wirksam zu begrenzen. Anschließend prüft das Bundeskartellamt, ob der Zusammenschluss zu unilateralen Effekten ohne Marktbeherrschung führt, die eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs erwarten lassen. Bei dem betroffenen Haushaltsmehl handele es sich um ein weitgehend homogenes Produkt mit (wenn überhaupt) nur geringfügigen Qualitätsunterschieden. Bei homogenen Produkten würden unilaterale Effekte vor allem dann auftreten, wenn der Zusammenschluss zu Mengenreduktionen führe und die Zusammenschlussbeteiligten von den daraus resultierenden Preissteigerungseffekten wegen der vergrößerten Absatzbasis stärker als vor dem Zusammenschluss profitieren könnten. Aufgrund der vorhandenen freien Produktionskapazitäten der Wettbewerber sei jedoch keine Mengenreduktion zu erwarten. Auch bestehe bei einer Mehrheit der Kunden die Bereitschaft, bei einer Preiserhöhung bezüglich des von ihnen bisher gekauften Mehls zu einem preiswerteren Mehl zu wechseln. Das Zusammenschlussvorhaben führe demnach nicht zu unilateralen Effekten. Ebenso gebe es keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer oligopolistischen Marktbeherrschung.

702. Auch in weiteren Freigabeentscheidungen wurden wettbewerbliche Überlegungen angestellt, die über die Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums hinausgehen. Geprüft wurden insbesondere die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten als Indiz für das Vorliegen unilateraler Effekte[9] sowie verbesserte Beschaffungskonditionen durch höhere Einkaufsvolumina[10]. Auch das Vorliegen konglomerater Effekte wurde vom Bundeskartellamt in Betracht gezogen.[11] Die Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf den Wettbewerb waren jedoch auch in diesen Fällen nicht weitreichend genug, um einer Freigabe entgegenzustehen.

---

6 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 567.

7 Zum Vorgehen des Bundeskartellamtes in den ersten Entscheidungen nach Einführung des SIEC-Tests siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 576 f.

8 BKartA, Beschluss vom 18. Juni 2015, B2-26/15.

9 BKartA, Beschluss vom 11. September 2015, B9-74/14, Tz. 155 ff. sowie BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15, Tz. 194 ff. Siehe zu dieser Entscheidung auch Kapitel IV, Abschnitt 1.7.2.

10 BKartA, Beschluss vom 13. August 2015, B9-48/15, Tz. 180 ff.

11 BKartA, Beschluss vom 12. November 2014, B5-138/13, Tz. 231 ff.

703. Das Bundeskartellamt hat seit Einführung des SIEC-Tests zwei Zusammenschlüsse untersagt.[12] Der Zusammenschluss zwischen der Klinikum Esslingen GmbH und der Kreiskliniken Esslingen gGmbH wurde aufgrund der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen auf den Regionalmärkten Esslingen, Kirchheim/Nürtingen sowie im Gesamtgebiet Esslingen und Kirchheim/Nürtingen untersagt. Zudem werde unabhängig von der genauen räumlichen Marktabgrenzung jedenfalls im Gebiet Esslingen/Kirchheim/Nürtingen der wirksame Wettbewerb durch den geplanten Zusammenschluss erheblich behindert.[13] Die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen der Edeka Zentrale AG & Co. KG und der Kaiser's Tengelmann GmbH hingegen war nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern auf das Vorliegen unilateraler Effekte gestützt. Im Folgenden soll diese Entscheidung daher genauer untersucht werden.

1.3.2 Die Entscheidung Edeka/Tengelmann

704. Die Untersagungsentscheidung in Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben von Edeka und Kaiser's Tengelmann ist eine Besonderheit in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes, da erstmalig ein Zusammenschluss untersagt wurde, ohne dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen wurde. Das Zusammenschlussvorhaben umfasste die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile an den Zielgesellschaften Kaiser's Tengelmann GmbH, Bringmeister GmbH, Bringmeister Logistik GmbH und Tengelmann E-Stores GmbH von der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG durch die Edeka Zentrale AG & Co. KG. Im Zentrum der Übernahmeabsichten standen freilich die knapp 500 Lebensmitteleinzelhandelsfilialen der Kaiser's Tengelmann GmbH, die sich in den Regionen Berlin, München und Niederrhein befinden.

705. In der Entscheidung wird das Regelbeispiel der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht geprüft. Das Bundeskartellamt beschränkt sich auf den Hinweis, dass es „im Einzelfall nicht auszuschließen [sei], dass auf bestimmten vom Zusammenschluss betroffenen Absatzmärkten das Regelbeispiel der Entstehung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung vorliegt."[14] Auch in Hinblick auf die Beschaffungsmärkte wird nicht ausgeführt, ob durch den Zusammenschluss marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden. Dadurch bleibt letztlich offen, ob es sich vorliegend tatsächlich um einen gap case handelt oder ob das Untersagungskriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ebenfalls zu einer Untersagung des Zusammenschlusses geführt hätte.

706. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes ergibt sich aus dem SIEC-Test, dass das Wettbewerbsgeschehen auf dem gesamten Markt zu betrachten sei. Die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten sei dafür (nur) der Ausgangspunkt. Von Belang seien insbesondere die Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten und der übrigen relevanten Marktteilnehmer. Geprüft wurde das Vorliegen unilateraler Effekte. Konzeptionell unterscheidet das Bundeskartellamt hierbei zwischen dem unmittelbaren Effekt auf die Zusammenschlussbeteiligten („Erstrundeneffekt") und dem davon ausgehenden Effekt auf die Wettbewerber („Zweitrundeneffekt").[15]

707. Das Bundeskartellamt geht bei der Analyse der unilateralen Effekte in seiner Entscheidung zunächst auf die Absatzmärkte im Lebensmitteleinzelhandel ein.[16] Dort resultiere der Erstrundeneffekt daraus, dass das fusionierte Unternehmen im Falle einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung geringere Absatzverluste als ohne die Fusion zu erwarten habe. Ein Teil der abwandernden Kunden werde nämlich zu dem Fusionspartner wechseln und damit dem Unternehmen nicht verloren gehen. Für die Zusammenschlussbeteiligten ergäben sich dadurch zusätzliche wettbewerbliche Verhaltensspielräume. Zweitrundeneffekte entstehen nach Auffassung des Bundeskartellamtes basierend auf der Marktstruktur, die durch eine kleine Spitzengruppe im Bereich der Vollsortimenter gekenn-

---

12 BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13 sowie BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14.

13 BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13, Tz. 394.

14 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 407.

15 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 143 f.

16 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 142 ff.

zeichnet ist. Insbesondere diese wenigen engen Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten könnten die Erstrundeneffekte antizipieren und hätten bei einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung ihrerseits mit einem geringeren Ausmaß an Abwanderung von Kunden zu den Zusammenschlussbeteiligten zu rechnen.

708. Es handelt sich nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei den Absatzmärkten im Lebensmitteleinzelhandel um Märkte mit differenzierten Gütern. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Sortimentsbreite in den jeweiligen Vertriebsschienen (Verbrauchermärkte, Supermärkte, Discount).[17] Das Bundeskartellamt argumentiert unter Verweis auf die wissenschaftliche Literatur[18], dass bei horizontalen Zusammenschlüssen auf solchen Märkten mit differenzierten Gütern unilaterale Effekte auftreten können. Zu berücksichtigen sei, dass bei Märkten mit differenzierten Gütern Wettbewerbsdruck insbesondere durch die nahen Wettbewerber ausgeübt wird. Entfällt ein naher Wettbewerber durch einen Zusammenschluss, so könne ein Unternehmen in der Folge mitunter stärker von seiner Marktmacht profitieren. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass unilaterale Effekte umso größer sind, je wettbewerblich näher sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stehen. Mit wachsender wettbewerblicher Nähe steige nämlich die Anzahl von Kunden, die bei einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung zu dem Zusammenschlusspartner und nicht zu einem Wettbewerber wechseln.

709. Das Bundeskartellamt führt als Beleg der wettbewerblichen Nähe der Zusammenschlussbeteiligten qualitative Indikatoren und drei empirische Untersuchungen an. Als qualitative Indikatoren werden Unterschiede hinsichtlich der Anzahl regelmäßig gelisteter Artikel, des Anteils von Handels- und Herstellermarken sowie der durchschnittlichen Flächengröße genannt. Diese werden als Belege für eine starke Segmentierung des Lebensmitteleinzelhandels in verschiedene Vertriebslinien herangezogen. Diese Bewertung wird durch die drei empirischen Analysen gestützt. Erstens werden im Jahre 2013 veräußerte Herstellermarkenprodukte im Bereich Food und Non-Food I[19] anhand ihrer artikelspezifischen EAN-Nummern (European Article Number) analysiert. Zweitens wird eine empirischen Überprüfung von Kundenbons der führenden Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel durchgeführt. Drittens wird eine sogenannte Event-Analyse durchgeführt. Hierfür wird mittels Regressionsverfahren geschätzt, welchen Einfluss Filialeröffnungen und-schließungen auf die monatlichen Umsätze benachbarter Filialen haben. Darüber hinaus sprechen nach Auffassung des Bundeskartellamtes verschiedene auf den Absatzmärkten vorliegende Marktstrukturbedingungen dafür, dass durch den Zusammenschluss Wettbewerbsdruck im Segment der Vollsortimenter aus dem Markt genommen wird. Angeführt werden unter anderem bestehende Marktzutrittsschranken und der fehlende Substitutionswettbewerb von benachbarten Märkten.

710. Das Bundeskartellamt hat jeden vom Zusammenschluss betroffenen regionalen Absatzmarkt einer Marktanalyse unterzogen, d. h., es wurden Marktanalysen für die Regionalmärkte im Großraum Berlin, im Großraum München und in betroffenen Gebieten in Nordrhein-Westfalen durchgeführt. In den betroffenen Großstädten mit mehr als 500.000 Einwohnern wurden zusätzlich Marktanalysen auf Stadtbezirksebene durchgeführt. Prüfkriterien waren die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten, der Gesamtmarktanteil von Edeka, Kaiser's Tengelmann und Rewe, der Marktanteil der verbleibenden großflächigen Vollsortimenter (z. B. Kaufland, Real, Kaes) sowie die Filialdichte.

711. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Ergebnis, dass der effektive Wettbewerb im Stadtgebiet Berlin durch den Zusammenschluss erheblich behindert würde. Auch die Stadtbezirksbetrachtung ergebe für die Bezirke Charlottenburg-Wilmersdorf, Friedrichshain-Kreuzberg, Mitte, Pankow, Reinickendorf, Spandau, Steglitz-Zehlendorf und Tempelhof-Schönberg, dass die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ebenso führe der Zusammenschluss in den Markt-

---

17 Als sachlich relevanter Markt wird der Markt des Einzelhandels mit einem Lebensmittelsortiment in seiner typischen Zusammensetzung zugrunde gelegt.

18 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage 2011, S. 234 ff.

19 Die Kategorien Food, Non-Food I und Non-Food II ermöglichen eine Grobeinteilung der Waren im Lebensmitteleinzelhandel. Sie sind in der Branche gebräuchlich. Die Kategorie Food beinhaltet Nahrungs- und Genussmittel. Die Kategorie Non-Food I umfasst Produkte, die zwar keine Nahrungs- und Genussmitteln sind, aber dennoch typischerweise im Lebensmitteleinzelhandel vorzufinden sind (z. B. Wasch- und Reinigungsmittel und Körperpflegeprodukte). Produkte des Non-Food II werden von Kunden im Lebensmitteleinzelhandel hingegen nicht typischerweise erwartet und werden dort teilweise nur zeitlich begrenzt angeboten (z. B. Fahrräder und Fernseher).

räumen Bad Reichenhall, Bad Tölz, Garmisch-Partenkirchen, München, Rosenheim, Weilheim/Tutzing zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs. In 18 der 25 Münchener Stadtbezirke sieht das Bundeskartellamt die Untersagungsvoraussetzungen ebenfalls als erfüllt an. Auch der effektive Wettbewerb in den Markträumen Düsseldorf/Ratingen, Krefeld, Bonn und Essen/Oberhausen/Mülheim werde behindert. Die Stadtbezirksbetrachtung ergibt nach Auffassung des Bundeskartellamtes überdies, dass die Untersagungsvoraussetzungen ebenfalls in sechs der zehn Düsseldorfer Stadtbezirke und in drei der neun Essener Bezirke erfüllt sind.

712. In der Entscheidung werden auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels untersucht.[20] Das Bundeskartellamt führt aus, dass unilaterale Effekte auf Beschaffungsmärkten spiegelbildlich zu den Absatzmärkten auf dem Wegfall einer Ausweichalternative beruhen könnten. Auf den Beschaffungsmärkten würde eine bestehende Absatzalternative der Lieferanten entfallen. Erweiterte wettbewerbliche Handlungsspielräume würden sich daher in einer Erweiterung der Verhaltensspielräume der Nachfrager in den Einkaufsverhandlungen mit den Lieferanten niederschlagen. Die erweiterten Verhaltensspielräume würden zu niedrigeren Beschaffungspreisen oder anderweitig verbesserten Beschaffungskonditionen führen. Auch hier unterscheidet das Bundeskartellamt zwischen Erstrundeneffekt und Zweitrundeneffekt. Zum einen werde im Sinne eines Erstrundeneffektes die Verhandlungsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens gestärkt. Zum anderen entstehe ein Zweitrundeneffekt, da die verbleibenden Nachfrager, wie beispielsweise Rewe, antizipieren würden, dass sie aufgrund des Zusammenschlusses als Ausweichalternative wichtiger für die Lieferanten würden.

713. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Ergebnis, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben auf mindestens elf Beschaffungsmärkten (konventionelle Frischmilch, konventionelle H-Milch, Tafelschokolade, Riegel, Pralinen, kakaohaltige Zuckerwaren, sonstige Schokoladenwaren, Schaumwein, Tiefkühlpizza, rote Feinkostsoßen und Konfitüre) zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt. Dieses Ergebnis basiert auf den Marktanteilen von Edeka sowie der Spitzen-Nachfragergruppe bestehend aus Edeka, Rewe und der Schwarz Gruppe in Verbindung mit den zu erwartenden Wirkungen des Zusammenschlusses. Mit Kaiser’s Tengelmann entfalle eine bedeutende wettbewerbliche Kraft auf den Beschaffungsmärkten und damit eine wichtige Ausweichoption für die Hersteller. Die Verhandlungsspielräume von Edeka und den anderen großen Nachfragern würden sich daher erweitern.

714. Obwohl der Zusammenschluss zwischenzeitlich durch eine Ministererlaubnis unter Nebenbestimmungen[21] ermöglicht wurde, haben die Zusammenschlussbeteiligten (nach Erteilung der Ministererlaubnis) beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen die Untersagungsentscheidung eingelegt. In dem gerichtlichen Verfahren dürften wichtige Anwendungsfragen des SIEC-Tests diskutiert werden, da es sich vorliegend um die erste Untersagung durch das Bundeskartellamt handelt, die sich rein auf unilaterale Effekte und nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stützt.

715. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des Bundeskartellamtes auf Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel zurückgreift.[22] Die von Wissenschaftlern vorgebrachte Kritik an der Sektoruntersuchung (insbesondere bezüglich der Nachfragemacht auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels) muss daher bei der Bewertung der Entscheidung berücksichtigt werden.[23]

1.4 Ministererlaubnis für den Zusammenschluss der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser’s Tengelmann GmbH

716. Im Berichtszeitraum ist im Fall des geplanten Zusammenschlusses der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser’s Tengelmann GmbH die Erteilung einer Ministererlaubnis beantragt worden. Das Verfahren der Ministererlaubnis ist in § 42 GWB geregelt. Demnach erteilt der Bundesminister für Wirtschaft und Energie auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamt-

---

[20] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 594 ff.

[21] Vgl. in diesem Gutachten Kapitel IV, Abschnitt 1.4.

[22] Siehe BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 602.

[23] Vgl. in diesem Gutachten Kapitel IV, Abschnitt 6.

wirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Erlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie soll laut Gesetz über den Antrag innerhalb von vier Monaten entscheiden. Er hat nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB vor der Entscheidung eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen.

717. Ausgangspunkt für das vorliegende Verfahren war der Beschluss des Bundeskartellamtes vom 31. März 2015. Darin wurde das Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH untersagt, weil der Zusammenschluss zu einer erheblichen Beeinträchtigung des effektiven Wettbewerbs auf den regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels und auf den Beschaffungsmärkten geführt hätte.[24] Die Zusammenschlussbeteiligten haben mit Schreiben vom 28. April 2015 an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie einen Antrag auf Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB gestellt. Die Monopolkommission hat sich im August 2015 in ihrer gutachterlichen Stellungnahme gemäß Art. 42 Abs. 4 GWB gegen die Erteilung einer Ministererlaubnis ausgesprochen.[25] Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie hat mit Verfügung vom 9. März 2016 seine Erlaubnis zu dem Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen erteilt.[26] Die gesetzlich vorgesehene Entscheidungsfrist von vier Monaten, eine sogenannte „Soll"-Bestimmung, wurde bei einer Verfahrensdauer von über zehn Monaten deutlich überschritten.

718. Die Antragsteller führten in ihrem Antrag auf Ministererlaubnis eine Reihe von Gemeinwohlgründen an, die nach ihrer Auffassung die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen würden.[27] Zu nennen sind Wachstumsförderung und die Entlastung öffentlicher Haushalte, der Erhalt und Ausbau von Arbeitsplätzen, der Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen, die Steigerung der Leistungsfähigkeit des Lebensmitteleinzelhandels, die Sicherung der Nahversorgungsstruktur, die Förderung regionaler Versorgungsketten sowie die Förderung des Mittelstands und gleicher Lebensverhältnisse.

719. Von besonderer Bedeutung für das Verfahren waren der mögliche Erhalt von Arbeitsplätzen und Arbeitnehmerrechten. Die Antragsteller gingen davon aus, dass nur die Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann die mehr als 16.000 bestehenden Arbeitsplätze sichern würde, weil hierbei sowohl wirtschaftlich erfolgreiche wie auch weniger erfolgreiche Filialen erworben und in den Edeka-Verbund integriert werden würden. Sie führten aus, dass bei einer Einzelabwicklung mindestens 8.000 Arbeitsplätze gefährdet wären. Einige ertragreiche und besonders gut gelegene Filialen würden zwar voraussichtlich von Wettbewerbern erworben werden. Filialen mit negativem Deckungsbeitrag, aber wahrscheinlich auch sämtliche Filialen mit nachhaltig schwachen Ergebnissen würden jedoch geschlossen werden. Die dort bestehenden Arbeitsplätze würden verloren gehen. Betroffen seien auch die Arbeitsplätze in den Lagerhäusern, den Fleischwerken und dem Ladenbaubetrieb. Die Filialen müssten darüber hinaus bei einer Einzelveräußerung ohne Beschäftigte übergeben werden. Bei einem Erwerb etwa durch einen Discounter würden von diesem erheblich weniger neue Arbeitsverhältnisse geschaffen werden, da Discounter aufgrund ihres Vertriebskonzeptes weniger Mitarbeiter pro Filiale beschäftigen als Vollsortimenter. Durch die Übernahme der Anteile von Kaiser's Tengelmann durch Edeka wären auch die vorhandenen Arbeitnehmerrechte gesichert. Die individuellen Rechte (Anwartschaften, Eingruppierungen) würden, anders als bei einem Wechsel des Arbeitgebers, erhalten bleiben. Die Mitbestimmungsstrukturen blieben ebenfalls wirksam und die spätere Integration in den Edeka-Verbund würde tarifvertraglich abgesichert werden.

---

[24] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14. Siehe dazu Kapitel IV, Abschnitt 1.3.

[25] Monopolkommission, Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Baden-Baden 2015.

[26] BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01.

[27] Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 83-96.

720. Die Monopolkommission kam in ihrer Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 GWB zu dem Ergebnis, dass die vorgebrachten Gemeinwohlvorteile nicht die mit dem Zusammenschluss verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen würden.[28] Einige der genannten Gemeinwohlvorteile waren nach Auffassung der Monopolkommission nicht anerkennungsfähig; andere waren im vorliegenden Fall nicht oder nicht in ausreichendem Umfang begründet.

721. Die Monopolkommission sieht zwar in dem Erhalt von Arbeitsplätzen einen grundsätzlich anerkennungsfähigen Gemeinwohlvorteil. Ein hoher Beschäftigungsstand ist ein wichtiges wirtschaftspolitisches Ziel. In aller Regel sind Zusammenschlüsse jedoch nicht geeignet, gefährdete Arbeitsplätze langfristig zu sichern, da sie die Ursache der Gefährdung nicht beseitigen. An den Nachweis einer Beschäftigungssicherung sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass das öffentliche Interesse an Vollbeschäftigung nicht mit dem Interesse an dem Erhalt von Arbeitsplätzen bei einem bestimmten Unternehmen gleichzusetzen ist. Vielmehr ist im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens der Arbeitsmarkt als Ganzes zu betrachten. Es kommt bei der Gemeinwohlbetrachtung nicht allein auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an, sondern auf eine Beurteilung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht. Bei einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes war es jedoch nach Auffassung der Monopolkommission nicht hinreichend erwiesen, dass langfristig durch eine Ministererlaubnis mehr Arbeitsplätze gesichert werden würden als in Alternativszenarien, die sich ergeben, wenn die Ministererlaubnis nicht erteilt wird. Es ist insbesondere damit zu rechnen, dass ein potenzielles Umsatzwachstum in den von Edeka übernommenen Filialen zu einem beträchtlichen Teil zulasten von Wettbewerbern gehen wird, bei denen dadurch Arbeitsplätze gefährdet werden.

722. Die Monopolkommission hat offen gelassen, ob der Erhalt von Arbeitnehmerrechten im Rahmen der Ministererlaubnis überhaupt als Gemeinwohlgrund anerkannt werden könnte.[29] Im vorliegenden Fall würde ein Zusammenschluss nach Auffassung der Monopolkommission ohnehin nicht dazu beitragen können, Arbeitnehmerrechte oder betriebliche Mitbestimmungsstrukturen dauerhaft zu erhalten. In Bezug auf den Erhalt von Arbeitnehmerrechten lagen der Monopolkommission keine verbindlichen Vereinbarungen mit der Arbeitnehmerseite vor, die eine Besserstellung über den ohnehin vorhandenen gesetzlichen Schutz aus § 613a BGB hinaus garantiert hätten. Außerdem existierte kein überzeugender Vorschlag, wie Zusagen von Seiten der Edeka Zentrale auch bei der geplanten Übergabe an selbstständige Einzelhändler abgesichert und wirksam zu kontrollieren wären. Die Monopolkommission wies darauf hin, dass nach den Erfahrungen von ver.di der gesetzliche Schutz in den von selbstständigen Einzelhändlern geführten Filialen wegen der dort häufig fehlenden Mitbestimmungsstrukturen oft ins Leere laufen würde.

723. Der Minister sah sowohl in dem Erhalt von konkreten Beschäftigungsverhältnissen wie auch in dem Erhalt von Arbeitnehmerrechten anerkennungsfähige Gemeinwohlgründe und erteilte auf dieser Grundlage seine Erlaubnis. Alle weiteren von den Antragstellern vorgebrachten Gemeinwohlargumente wurden vom Minister für den vorliegenden Fall nicht anerkannt. Der Minister bezog sich bei den beiden Gemeinwohlgründen auf die Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter von Kaiser's Tengelmann und betonte deren Bedeutung aufgrund von Tarifbindung und der Existenz von Betriebsräten.

724. In Bezug auf den Erhalt von Arbeitsplätzen ging der Minister davon aus, dass hierbei die konkreten Feststellungen zur Sicherung der Quantität von Arbeitsplätzen und der Qualität der Beschäftigung zu beurteilen sei.[30] Im vorliegenden Fall werde der Erhalt von Arbeitsplätzen erstmalig in einem Ministererlaubnisverfahren als zentraler Gemeinwohlgrund vorgebracht. Zudem sei es eine Besonderheit, dass nach dem Antrag der Gemeinwohlgrund nur durch eine Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann realisiert werden könne. Bei einer Abgabe von Filialen, Produktionsstätten oder Logistikbereichen an Dritte könne nicht wirksam sichergestellt werden, dass der Gemeinwohlgrund erfüllt werde. Es gehöre ebenfalls zu dem geltend gemachten Gemeinwohlgrund, dass mit einem – zumindest temporären – Erhalt der Arbeitsplätze und Beschäftigungsverhältnisse eine Sicherung der Arbeitnehmerrechte einhergehe und dadurch ein geordneter Umstrukturierungsprozess ermöglicht werde, an dessen Ende eine Integration von Kaiser's Tengelmann in den Edeka-Verbund stehe. Der Minister verwies in diesem Zusammenhang auch auf die aktuellen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt im Einzelhandel. Dort würden die Tätigkeitsbereiche, die stark auf gering- und unqualifizierter Arbeit beruhen, wachsen. Bei Kaiser's Tengelmann würden hingegen die meisten Arbeitsstunden durch

28 Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 133-224.

29 Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 202-205.

30 BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 219 ff.

Festkräfte geleistet, die tariflich entlohnt seien. Vor diesem Hintergrund sei der Schutz von existenzsichernden Arbeitsverhältnissen als Gemeinwohl anzusehen. Auch sei in diesem Einzelfall als Gemeinwohl anerkennungsfähig, den älteren, zumeist langjährig bei Kaiser's Tengelmann beschäftigten Arbeitnehmern zumindest mittelfristig die Sicherheit ihres Arbeitsplatzes und ihrer Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Eine Erfüllung des Gemeinwohlgrunds der Beschäftigungssicherung durch den Erhalt abstrakter Arbeitsplätze im Lebensmitteleinzelhandel lehnte der Minister explizit ab.[31]

725. Der Minister sah in dem Erhalt von Arbeitnehmerrechten ebenfalls einen anerkennungsfähigen Gemeinwohlgrund.[32] Er verwies dabei auf die Tarifbindung und Mitbestimmung.[33] Der Gesetzgeber habe mit § 613a BGB eine Vorschrift geschaffen, die im Fall eines Betriebsübergangs Arbeitnehmerrechte für einen bestimmten Zeitraum gewährleisten solle. Darin komme die Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass Arbeitnehmerrechte als besonders schützenswert angesehen würden, ihnen also Gemeinwohlcharakter zukomme. Tarifliche Leistungen seien bislang für die Mitarbeiter von Kaiser's Tengelmann gewährleistet. Angesichts der großen Zahl der Betroffenen habe dieser Punkt per se eine gesamtgesellschaftliche Dimension. Hinzu komme die Branchenentwicklung hin zu einem höheren Anteil an Niedriglohnbeziehenden im Einzelhandel. Der – zumindest – temporäre Erhalt der Tarifbindung und damit eine existenzsichernde Entlohnung der Beschäftigten beinhalte daher eine besondere Gemeinwohlorientierung.

726. Der Minister wies unter Bezugnahme auf die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) auf die Bedeutung von Mitbestimmungsstrukturen als wichtigem institutionellem Grundpfeiler der Arbeitsbeziehungen in Deutschland hin. Um eine effektive und wirkungsvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sicherzustellen, müsse die betriebliche Arbeitnehmervertretung dort im Unternehmen präsent sein, wo die Entscheidungen fielen. Bei Kaiser's Tengelmann existiere eine funktionierende betriebliche Mitbestimmung, in der die Arbeitnehmer aktiv ihre Rechte wahrnehmen könnten. Kaiser's Tengelmann habe auch von § 3 BetrVG Gebrauch gemacht und regional zuständige Arbeitnehmervertretungen eingerichtet. Die bislang bestehenden Strukturen der Arbeitnehmervertretung bei Kaiser's Tengelmann haben sich nach Auffassung des Ministers bewährt. Bereits die sehr umfassende Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen im Ministererlaubnisverfahren unterstreiche diesen Punkt in aller Deutlichkeit. Den Unsicherheiten, die für die Beschäftigten mit einem Betriebsübergang in Folge eines Umstrukturierungsprozesses verbunden seien, könnte vor allem durch ein entsprechendes Engagement der gewählten Betriebsräte begegnet werden. Die – auch nur temporäre – Absicherung der bei Kaiser's Tengelmann bestehenden Mitbestimmungsstrukturen stelle daher eine besondere Ausprägung des Gemeinwohlinteresses dar und trage während des Umstrukturierungsprozesses in besonderem Maß zu einem wirksamen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite bei.

727. Die aufschiebenden und auflösenden Bedingungen zielen nach den Ausführungen der Ministererlaubnisentscheidung darauf ab, die beiden genannten Gemeinwohlvorteile durch Tarifverträge abzusichern und deren Gewicht zu erhöhen.[34] Insbesondere soll über Tarifverträge sichergestellt werden, dass die Filialen in den ersten fünf Jahren nach der Übernahme nicht an selbstständige Lebensmitteleinzelhändler oder sonstige Dritte übergeben werden. Ausnahmen sind nur mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien möglich. In diesem Zeitraum sind die Filialen als tarifgebundene Regiebetriebe zu führen. Ebenso sind die vorhandenen flächendeckenden Betriebsratsstrukturen zumindest für diesen Zeitraum zu erhalten. Betriebsbedingte Änderungs- oder Beendigungskündigungen sind ebenfalls auszuschließen. Auch nach einer Übergabe von Filialen an einen selbstständigen Lebensmitteleinzelhändler dürfen für weitere 24 Monate keine betriebsbedingten Änderungs- und Beendigungskündigungen erfolgen. Edeka darf Kaiser's Tengelmann erst übernehmen, wenn die entsprechenden Tarifverträge mit ver.di und der Gewerkschaft Nahrung Genuss Gaststätten (NGG) abgeschlossen wurden und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgelegt worden

---

[31] BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 256.

[32] In der Ministerentscheidung wird fälschlicherweise unterstellt, dass auch die Monopolkommission festgestellt habe, dass der Erhalt von Arbeitnehmerrechten ein anerkennungsfähiger Gemeinwohlgrund sei: BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 298. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten diese Frage jedoch explizit offen gelassen: Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 202-205.

[33] BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 227-240.

[34] BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 306.

sind. Daneben sichern auflösende Bedingungen, die zur Rückabwicklung des Zusammenschlusses führen, den Bestand der tarifvertraglichen Regelungen ab. Der Eintritt der auflösenden Bedingungen ist durch das BMWi festzustellen.

728. Nachdem die Unternehmen Rewe, Markant und Norma beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen die Ministerentscheidung eingelegt haben, hat das Gericht im Eilverfahren die Ministererlaubnis zunächst außer Kraft gesetzt.[35] Das BMWi hat gegen den Beschluss im Eilverfahren Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof eingelegt. Die abschließende Entscheidung im Hauptverfahren steht noch aus. Als Termin für die mündliche Verhandlung im Hauptverfahren ist der 16. November 2016 angesetzt. Ebenso hat Edeka Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts eingelegt.

729. Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung im Eilverfahren mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften und materiell-rechtlichen Erwägungen. Neben der Besorgnis der Befangenheit des Bundesministers für Wirtschaft und Energie moniert das Gericht zum einen die Anerkennung des Erhalts der kollektiven Arbeitnehmerrechte bei Kaiser´s Tengelmann als Gemeinwohlbelang. Das in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schrankenlos gewährte Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, beinhalte gleichrangig das Recht, einer solchen Vereinigung auch fern zu bleiben. Die Anerkennung einer Sicherung bestehender kollektiver Arbeitnehmerrechte als Gemeinwohlgrund würde der durch das Grundgesetz vorgesehenen Gleichrangigkeit des Rechts zur Bildung von Arbeitnehmervereinigungen und zum Verzicht auf Arbeitnehmervereinigungen zuwiderlaufen. Zum anderen kann die Ministererlaubnis nach Ansicht des Gerichts voraussichtlich auch deshalb keinen Bestand haben, weil der Bundesminister den Gemeinwohlbelang der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei Kaiser´s Tengelmann nicht unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte bewertet habe. Insbesondere ein möglicher fusionsbedingter Stellenabbau bei Edeka sei nicht in die Abwägung eingeflossen. Darüber hinaus seien die verfügten Nebenbestimmungen auch nicht geeignet, die 16.000 Arbeitsplätze bei Kaiser´s Tengelmann in vollem Umfang zu sichern. Die Nebenbestimmungen seien außerdem teilweise rechtlich fehlerhaft, weil der Inhalt der darin enthaltenen Öffnungsklauseln unbestimmt sei. Rechtswidrig sei zudem, dass die Fusionsbeteiligten unter Verstoß gegen §§ 42 Abs. 2 Satz 2, 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt würden.

1.5 Sanierungsfusionen und Anwendung der Pressesanierungsklausel

730. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in zwei Fällen die Voraussetzungen der Sanierungsfusion in der Variante „Scheitern eines Unternehmensteils“ (failing division defence) geprüft und in einem dieser beiden Fälle anerkannt. In beiden Fällen handelt es sich um Zusammenschlüsse aus dem Pressebereich. Der erste Fall betraf die im Oktober 2013 beim Bundeskartellamt angemeldete Übernahme der zur Funke Medien Gruppe gehörenden Westfälischer Zeitungsverlag GmbH & Co. KG (WZ) durch den Verlag Lensing Wolff GmbH & Co. KG (Lensing).[36] Die WZ wurde eigens für die Zwecke der Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gegründet und umfasste die räumlich beschränkten Titelrechte an drei Lokalausgaben der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung in Dortmund, Castrop-Rauxel und Lünen und an vier Lokalausgaben der Westfälischen Rundschau in Dortmund, Castrop-Rauxel, Lünen und Schwerte mit einer gemeinsamen Auflage von rund 50.000 Exemplaren. Das Vorhaben hätte nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Lensing auf den regionalen Leser- und Anzeigenmärkten geführt. Der zweite Fall betraf die im Jahr 2014 angemeldete Übernahme der zu Lensing gehörenden und im Jahr 2012 gegründeten MZ Medien Holding GmbH & Co. KG durch den Aschendorf Verlag.[37] In der MZ Medien Holding wurden drei vermeintlich nachhaltig defizitäre Lokalausgaben der Münsterschen Zeitung gebündelt. Der Verlag Aschendorf ist unter anderem Herausgeber der im Münsterland erscheinenden Westfälischen Nachrichten. Der Zusammenschluss führt nach Auffassung des Bundeskartellamtes ebenfalls zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den drei zugehörigen regionalen Lesermärkten und dem Anzeigenmarkt in Münster. In beiden Fällen hatten sich die beteiligten Unternehmen auf das Vorliegen einer Sanierungsfusion berufen.

---

[35] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016, VI – Kart 3/16 (V).

[36] Vgl. BKartA, B 6 – 89/13, Fallbericht vom 1. Dezember 2014.

[37] Vgl. BKartA, B 6 – 97/14, Fallbericht vom 1. Dezember 2014.

731. Der Regelfall der Sanierungsfusion betrifft die beantragte oder zumindest unmittelbar bevorstehende Insolvenz eines ganzen Unternehmens (failing company defence). Ein Zusammenschluss ist dann nicht kausal für die mit einer Fusion in Verbindung gebrachte Verschlechterung der Marktverhältnisse, wenn diese auch ohne den Zusammenschluss zu erwarten ist.[38] Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sanierungsfusion, die kumulativ erfüllt sein müssen, sind:

- Das Zielunternehmen darf ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. In der Regel ist das gegeben, wenn ein Insolvenzverfahren eingeleitet ist oder dessen Einleitung nachweisbar unmittelbar bevorsteht.
- Es gibt keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss. Insbesondere steht kein alternativer Erwerber zur Verfügung, bei dem der Wettbewerb weniger beeinträchtigt würde als im Fall des beabsichtigten Zusammenschlusses.
- Im Falle der Insolvenz würde die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen.[39]

Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast.

732. In der Variante der Insolvenz eines Unternehmensteils ist aus Sicht des Bundeskartellamtes ein mit dem Regelfall vergleichbarer objektiver Nachweis der Voraussetzungen für die Sanierungsfusion nur möglich, wenn der fragliche Unternehmensteil in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht hinreichend eigenständig geführt wird, da sich das wirtschaftliche Scheitern und die sich daraus ergebende Marktaustrittsprognose des Unternehmensteils nur bei wirtschaftlicher Eigenständigkeit mit hinreichender Beweissicherheit feststellen lässt.[40] Möglich ist diese Analyse bei eigenständigen Tochterunternehmen und bei einem Unternehmensteil, der einen organisch geschlossenen, mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteten Teil des Gesamtbetriebs bildet und aus sich heraus funktions- bzw. lebensfähig ist. Die Möglichkeit des Nachweises einer failing division hängt damit vor allem vom Grad der Integration des Betriebsteils in den Rest des Unternehmens ab. Handelt es sich um einen wirtschaftlich und organisatorisch hinreichend eigenständigen Bereich, dem Kosten und Erlöse direkt zugeordnet werden können, geht das Bundeskartellamt von der Prüffähigkeit einer auf Unternehmensteile bezogenen Sanierungsfusion aus. Unterhalb eines solchen Grades an wirtschaftlicher Eigenständigkeit lässt sich die anzustellende Prognose nicht treffen. Da die Spielräume der Unternehmen bei der Entscheidung über die Einstellung eines unselbstständigen Geschäftsbereichs und bei der Darstellung dessen wirtschaftlicher Situation groß sind, sind an den Nachweis der failing division hohe Anforderungen zu stellen.

733. Im Fall des geplanten Erwerbs von sieben Lokalausgaben der zur Funke Mediengruppe gehörenden Westfälischen Rundschau und der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung im Raum Dortmund durch das Medienhaus Lensing (Ruhrnachrichten, Münsterland Zeitung u. a.) konnte der Nachweis eines abgegrenzten Geschäftsbereichs nicht erbracht werden. Die geschäftlichen Aktivitäten der betroffenen Lokalausgaben sind nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weitgehend in den Medienkonzern der Funke Medien Gruppe integriert und in jeder Hinsicht unselbstständig.[41] Vor der beabsichtigten Veräußerung gab es im Konzern keinen Geschäftsbereich, der gerade aus den sieben Lokalausgaben und den ihnen zu Grunde liegenden Wertschöpfungsanteilen bestand. Es handelte sich vielmehr um einzelne Teilausgaben der insgesamt 79 Lokalausgaben umfassenden Funke Medien NRW Zeitungsgruppe. Die Wertschöpfung, die diesen Lokalausgaben zugrunde liegt, verteilt sich über diverse Konzernunternehmen, die über ein komplexes, teilweise mehrstufiges System von konzerninternen Leistungs- und Verrechnungsbeziehungen miteinander verbunden sind. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion für selbstständige Unternehmensteile konnte damit nicht geprüft werden. Lensing hat den geplanten Erwerb aufgegeben und die Anmeldung des Zusammenschlusses im Juli 2014 zurückgenommen.

734. Bei dem Erwerb der in der MZ Medien Holding zusammengefassten Lokalausgaben der Münsterschen Zeitung erkannte das Bundeskartellamt das Vorliegen eines selbstständigen Betriebsteils und die Voraussetzungen für eine

---

[38] BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 183.

[39] BKartA, Rn.184; BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6-89/13, Tz. 147.

[40] BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 163 ff.

[41] BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 173.

Sanierungsfusion an. Der Zusammenschluss wurde in der ersten Phase freigegeben. Die Freigabe gründet auf einem mehrstufigen Prüfkonzept. Zu leisten waren seitens der Unternehmen (i) eine umfassende Beschreibung der Organisations- und Wertschöpfungsprozesse, (ii) eine Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und der internen Leistungsbeziehungen sowie (iii) eine Darlegung des Anteils der Gemeinkosten und Gemeinerlöse. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion schwieriger nachzuweisen sind, je höher der Integrationsgrad des Unternehmensteils ist. Bei einem hohen Integrationsgrad, der im Einzelfall zu beurteilen ist, geht das Bundeskartellamt davon aus, dass die Anforderungen an die Sanierungsfusion kaum zu erfüllen sind. Im vorliegenden Fall wurde ein „normaler" Integrationsgrad festgestellt. Begründet wird dies mit einem relativ geringen Gemeinkostenanteil von weniger als 20 Prozent. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Sanierungsfusion erfolgte in diesem Fall auf der Grundlage eines Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu der Fusion. Beim Vorliegen eines hohen Integrationsgrades wären zusätzlich die Finanzbuchhaltung, die Kostenstellen- und die Kostenträgerrechnung des Unternehmensteils vorzulegen gewesen. Die Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmensteils war sodann auf der Grundlage einer anlassbezogenen Wegfallrechnung nachzuweisen, die die Kosten und Erlöse der Fortführung des Unternehmensteils den Kosten und Erlösen der Einstellung des Betriebs des Unternehmensteils gegenüberstellt. Die Sanierungsbedürftigkeit erfordert, dass die Verluste des Unternehmensteils erheblich und nachhaltig (über mehrere Jahre und ohne Aussicht auf Besserung) sind, was vorliegend der Fall war. Zudem konnten der Verlag Lensing als Eigentümer der MZ Medien Holding über fünf Jahre laufende Verkaufsbemühungen an alternative Erwerber nachweisen, die allesamt erfolglos verlaufen waren.

735. Die Monopolkommission begrüßt, wie bereits früher deutlich gemacht, die strenge Auslegung der Kausalitätsprüfung bei Sanierungsfusionen. Der Nachweis des kumulativen Vorliegens aller drei Voraussetzungen hat zweifelsfrei zu erfolgen. Bloße Annahmen oder Vermutungen reichen nicht aus.[42] An den Nachweis des Vorliegens der failing division defence sollten ebenfalls, wie vom Bundeskartellamt praktiziert, hohe Anforderungen gestellt werden. Dies betrifft insbesondere den Nachweis der Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmensteils. Letzteres ist zuweilen schwierig, weil die Unternehmen bei der Zurechnung von Gemeinkosten zu Unternehmensteilen Spielräume besitzen und die wirtschaftliche Situation des betroffenen Unternehmensteils nicht immer eindeutig ist. Sanierungsfusionen sind im GWB nicht ausdrücklich geregelt. Der Gesetzgeber sieht diese vielmehr als Hauptanwendungsfall der Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 2 GWB.[43] Seit der 8. Novelle verfügt das GWB mit § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB allerdings über eine spezielle Pressesanierungsklausel, deren Vorliegen in den genannten Fällen ebenfalls zu prüfen war. Die Reichweite der Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungs- und Zeitschriftenverlage begrenzt. Nach dieser Vorschrift ist die Übernahme eines kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, nicht zu untersagen, wenn nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 Handelsgesetzbuch (HGB) einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Zudem muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.

736. Im Fall der Übernahme der zur Funke Medien Gruppe gehörenden Lokalredaktionen durch Lensing war die sogenannte Pressesanierungsklausel nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht anwendbar, weil erstens die zu übernehmenden Vermögenswerte kein Zeitungsverlag im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB sei und zweitens die Funke Medien Gruppe nicht als kleines oder mittleres Unternehmen anzusehen sei. Das Bundeskartellamt geht zu Recht davon aus, dass nach der Gesetzeskonzeption viel dafür spricht, dass es sich für die pressespezifische Ausnahmeklausel bei dem Erwerbsobjekt zwingend um ein rechtlich verselbstständigtes Unternehmen handeln muss, das ein aus sich heraus funktionsfähiges Zeitungsverlagsgeschäft betreibt.[44] Im vorliegenden Fall sollten allerdings lediglich die Titelrechte und der Abonnentenstamm der Lokalausgaben veräußert werden. Eine Fortführung der Redaktionen war nicht vorgesehen und auch nicht möglich, da diese bereits vorher aufgelöst waren. Die Ausübung eines Zeitungsverlagsge-

[42] Vgl. zuletzt Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 633.

[43] Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschrän-kungen, BT-Drs. 13/9720 vom 29. Januar 1998.

[44] Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6- 89/13, Tz. 305.

schäftes ist ohne Lokalredaktionen, ein Anzeigengeschäft und eine Vermarktungsstruktur nicht möglich. Dem Bundeskartellamt ist darin zuzustimmen, dass die Presseausnahmeklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB kleine und mittlere Presseunternehmen ausdrücklich im Interesse der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs privilegiert.[45] Die Norm basiert auf einer Abwägung zwischen den Nachteilen der negativen Wettbewerbswirkungen und den Vorteilen der Pressevielfalt. Ihre Anwendbarkeit steht infrage, wenn ein Zusammenschluss die Pressevielfalt nicht schützt und der publizistische Wettbewerb nicht gefördert wird.

737. Die Anwendbarkeit der Pressesanierungsklausel des GWB ist zudem ausgeschlossen, wenn es sich bei dem zu übernehmenden Unternehmen nicht um einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag handelt. Der Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens oder speziell des kleinen oder mittleren Zeitungs- und Zeitschriftenverlags ist im GWB nicht definiert. Seine Auslegung wird damit dem Bundeskartellamt und den Gerichten überlassen.[46] Das Bundeskartellamt legt den Begriff des kleineren und mittleren Zeitungsverlags branchenspezifisch in Relation zu den im Pressesektor tätigen Unternehmen aus. Aus dieser Sicht sind eher lokal tätige Verlagsunternehmen unter den Begriff zu fassen als die in Deutschland tätigen überregionalen Tageszeitungsketten. Bei der Funke Medien Gruppe handelt es um die zweitgrößte deutsche Abonnement-Zeitungskette, die jedenfalls nicht als kleiner oder mittlerer Zeitschriften- und Zeitungsverlag eingestuft werden kann.

738. Die Kartellbehörde sieht die Pressesanierungsklausel zudem nur auf Zusammenschlüsse anwendbar, bei denen eine bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.[47] Diese Sicht entspricht dem Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB ist ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, nicht zu untersagen, wenn die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt. Kommentare und Stimmen in der Literatur sprechen hier von einer Redaktionsungenauigkeit.[48] Begründet wird dies mit dem Umstand, dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die gravierendste Form der Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist und die Ausnahmeklausel daher auch die milderen Formen, nämlich die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung und die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfasse.[49] Das Bundeskartellamt sieht das anders. Eine Redaktionsungenauigkeit wird ausgeschlossen.[50] Eine Abwägung sei nicht sinnvoll, wenn vor der geplanten Pressefusion Wettbewerb bestehe und die Pressevielfalt damit noch vollständig gewährleistet sei. Wettbewerbliche Märkte sollten nicht aufgegeben werden, wenn das Ausscheiden der Unternehmen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ohne den Zusammenschluss stattfinden würde. Bei schon vorher beherrschten Märkten sei die Pressevielfalt dagegen schon massiv beeinträchtigt. Die Freigabe der Fusion sei somit wettbewerblich und im Hinblick auf die Pressevielfalt weniger schädlich. Die Monopolkommission folgt dieser Interpretation des Bundeskartellamtes nur insoweit, dass die Pressesanierungsklausel nur anwendbar ist, wenn das zu übernehmende Unternehmen nachweislich in seiner Existenz gefährdet ist. Ob bereits vor dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung bestanden hat, die verstärkt wird oder ob erst mit der Übernahme des nachweislich in seiner Existenz gefährdeten Unternehmens die marktbeherrschende Stellung entsteht bzw. wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird, ist für die Anwendbarkeit der Pressesanierungsklausel nicht entscheidend. Für diese Sicht spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an den Nachweis eines Sanierungsfalls im Pressebereich wegen der Besonderheiten, die sich aus den stark verändernden Verhältnissen im digitalen Medienumfeld ergeben, nicht zu hoch ansetzen wollte.[51] Kleine und

---

[45] Vg. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6- 89/13, Tz. 306; vgl. dazu auch Ausschuss für Wirtschaft und Technologie; Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/11053 vom 17. Oktober 2012, S. 19.

[46] Vgl. Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2013, S. 344 ff., hier: S. 350.

[47] Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 311 ff.

[48] Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Köln 2014, Schütz, J., § 36, Rz. 195; Bechtold, R., Die 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, S. 263 ff., hier S. 267; Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, a. a. O., S. 349.

[49] Vgl. Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, a. a. O., S. 349.

[50] Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6- 89/13, Tz. 312.

[51] Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestags, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/11053 vom 17. Oktober 2012, S. 19.

mittlere Presseunternehmen sollten demnach die Möglichkeit zu einer Fusion mit stärkeren Marktpartnern haben, bevor sie gezwungen sind, einen Insolvenzantrag zu stellen und damit als Teil der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs gänzlich aus dem Markt auszuscheiden.

739. Grundsätzlich steht die Monopolkommission der Presseausnahmeklausel des GWB kritisch gegenüber.[52] Im Wesentlichen orientiert sich die Sonderregelung an den vom Bundeskartellamt und in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Sanierungsfusion.[53] Bereits im vorvergangenen Berichtszeitraum hatte sich gezeigt, dass es für die Sanierungsfusionen im Pressebereich keiner Sonderregelung bedurft hätte. Die Kartellamtspraxis im vergangenen Berichtszeitraum bestätigt dies.

1.6 Entflechtungen

1.6.1 Entflechtung aufgrund falscher Angaben im Fusionskontrollverfahren

740. Das Bundeskartellamt leitete im Berichtszeitraum ein Entflechtungsverfahren im Bereich Molkereien ein, da sich die bei der Fusionsanmeldung übermittelten Daten als falsch herausgestellt hatten. Im Jahr 2009 hatte die französische Großmolkerei Savencia – damals noch unter dem Namen Bongrain – eine Minderheitsbeteiligung in Höhe von 24,83 Prozent an der Biomolkerei Andechser erworben. 2011 bis 2013 erwarb das Unternehmen zusätzlich die Anteilsmehrheit an Andechsers größtem Konkurrenten, der Biomolkerei Söbbeke. Die Fusion wurde aufgrund fehlerhafter Angaben durch die Antragstellerin hinsichtlich der Absatzzahlen der beiden deutschen Molkereien freigegeben.

741. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes sind Produkte aus Biomilch von solchen aus konventionell hergestellter Milch als eigener Markt abzugrenzen. Hierbei beruft sich die Behörde unter anderem auf die Praxis der europäischen Kommission. Begründet wird diese Sicht unter anderem mit dem deutlich höheren Preiserhöhungsspielraum im Biosegment.[54] Nach ersten Ermittlungen des Amtes erzielten Andechser und Söbbeke in Deutschland bei verschiedenen Produkten der sog. „weißen Linie" – insbesondere Bio-Fruchtjoghurt und Naturjoghurt sowie Bio-Fruchtquark und Bio-Drinks – gemeinsame Marktanteile von deutlich über 50 Prozent. Der gemeinsame Marktanteil lag damit deutlich höher als der ursprünglich anhand der Daten von Savencia ermittelte. Nach Ansicht des Amtes führte der damalige Zusammenschluss auf mehreren Märkten zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs. Das Entflechtungsverfahren wurde jedoch eingestellt, nachdem Savencia sämtliche Anteile an Andechser veräußerte. Ziel des französischen Unternehmens war es, damit einer Auflösung der Fusion mit Söbbeke zu entgehen. Die Andechser Molkerei befindet sich nunmehr wieder gänzlich in Familienhand.[55] Aufgrund der unrichtigen Angaben bei der Anmeldung im Jahr 2011 leitete das Bundeskartellamt gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB zusätzlich ein Bußgeldverfahren gegen Savencia ein. Im Januar 2016 wurde ein Bußgeld in Höhe von 90.000 Euro verhängt.[56]

1.6.2 Entflechtungen von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt

742. Im Jahr 2010 leitete das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung im Markt für Walzasphalt ein, die 2012 abgeschlossen wurde.[57] Walzasphalt ist der wichtigste Straßenbelag in Deutschland, wobei die öffentliche Hand den größten Abnehmer darstellt.

743. Die Untersuchung legte ein enges Netz aus Gemeinschaftsunternehmen offen, die aus Sicht des Bundeskartellamtes mehrheitlich eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalteten und daher kartellrechtswidrig waren. Der

---

[52] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 634.

[53] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O.

[54] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Juni 2012, S. 21.

[55] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 5. Oktober 2015 – Entflechtung der Bio-Molkereien Andechser und Söbbeke.

[56] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 7. Januar 2016 – Bußgeldverfahren gegen die Bongrain Europe SAS abgeschlossen.

[57] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012 sowie bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 871 ff.

Umstand, dass Walzasphalt heiß angeliefert werden muss, bedingt eine sehr enge räumliche Marktabgrenzung.[58] So gliederte das Bundeskartellamt den Markt in eine Vielzahl an kleineren regionalen Märkten um die Standorte der Asphaltmischwerke. Die Hälfte der 541 erfassten Asphaltmischwerke wurde von Betreibergesellschaften geführt, die in Gemeinschaftsunternehmen organisiert waren. Eine zentrale Rolle nahmen dabei die vier größten Asphaltanbieter Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA ein. Sie waren an 405 der Werke beteiligt. Für die Hälfte der Betreibergesellschaften galt die Regelvermutung einer Wettbewerbsbeschränkung, da mindestens zwei Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben kleinen räumlich relevanten Markt für Walzasphalt tätig waren. Bei weiteren 30 Prozent kam eine Wettbewerbsbeschränkung in Betracht.

744. In Folge der Untersuchung wurden 2012 104 Entflechtungsverfahren eingeleitet, die mittlerweile fast alle abgeschlossen wurden.[59] In einem ersten Schritt wurde den betroffenen Unternehmen die kartellrechtliche Beurteilung mitgeteilt, woraufhin sie gebeten wurden, eine Selbstveranlagung vorzunehmen und einen Plan unterbreiten, wie sie etwaige kartellrechtliche Bedenken selbstständig beseitigen wollen. Ein Großteil der Unternehmen wurde auf diesem Wege entflochten, in einigen Fällen entfiel der Bedarf in Folge der Entflechtung anderer Gemeinschaftsunternehmen. Bislang mussten keine förmlichen Entscheidungen nach § 32 ff. GWB erlassen werden.

1.7 Fusionskontrolle auf Plattformmärkten

745. Mit der fortschreitenden Digitalisierung aller Lebensbereiche rücken Geschäftsmodelle in den Fokus, die sich von den klassischen Marktstrukturen zum Teil erheblich unterscheiden. Eine besondere Bedeutung kommt hierbei den sogenannten Plattformen zu, die im Rahmen zwei- bzw. mehrseitiger Märkte verschiedene Nutzergruppen zusammenbringen, um diesen eine Interaktion zu ermöglichen oder zu erleichtern. Solche Strukturen bergen besondere Herausforderungen für die ökonomische Analyse in einer kartellrechtlichen Prüfung, beispielsweise bei der Marktabgrenzung. Im Berichtszeitraum gab es eine Reihe von Fällen im Onlinebereich, in denen diese relevant waren. Diese betrafen die Märkte für Dating-, Immobilien- und Vergleichsplattformen.

1.7.1 Besonderheiten bei der kartellrechtlichen Prüfung

746. Die unterschiedliche Dynamik der Plattformmärkte erfordert eine neue ökonomische Beurteilung – Standardmodelle aus einer Welt geprägt von klassischen Marktstrukturen sind vielfach nicht mehr anwendbar. Bereits in ihrem Sondergutachten zur digitalen Ökonomie[60] hat sich die Monopolkommission mit den Besonderheiten dieser Märkte auseinandergesetzt und Empfehlungen zur Anwendung des Kartellrechts in diesem Kontext gegeben. Auch das Bundeskartellamt beschäftigt sich seit einiger Zeit vertieft mit der digitalen Ökonomie und insbesondere den Plattformmärkten. Hierzu wurde eine „Task Force Internetplattformen" ins Leben gerufen, die dazu dienen soll, neue an die Struktur angepasste Prüfkonzepte zu erstellen und die einzelnen Beschlussabteilungen in konkreten Fällen zu beraten.

747. Plattformen stellen Intermediäre in sogenannten mehrseitigen Märkten dar.[61] Mehrseitige Märkte zeichnen sich häufig durch das Auftreten indirekter Netzwerkeffekte zwischen den Nutzergruppen, die sie zusammenbringen, aus. Direkte Netzwerkeffekte beziehen sich auf die Größe der eigenen Nutzergruppe bzw. des eigenen „Netzwerkes" und liegen vor, wenn der eigene Nutzen eines Marktteilnehmers mit der Anzahl der Teilnehmer steigt. Indirekte Netzwerkeffekte treten auf, wenn eine steigende Anzahl der Nutzer einer Plattformseite die Nutzung für die andere Plattformseite attraktiver macht. Eine Zunahme an Nutzern auf der eigenen Seite führt damit zu einer höheren Anzahl von Nutzern auf der Gegenseite, woraus wiederum ein steigernder Effekt auf die eigene Seite resultiert. Diese Netzwerkbeziehungen wirken sich ebenfalls auf die Preissetzung der Plattform aus. Häufig werden die Preise für die Nutzergruppen asymmetrisch gestaltet. Abhängig davon, welche Seite preissensibler ist bzw. welche Seite mehr von einem

---

[58] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012, S. 60 f.

[59] Vgl. BKartA, Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt – Bericht zu den Verfahren B1-100/12 nach der Sektoruntersuchung Walzasphalt vom Juli 2015.

[60] Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015.

[61] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 34 ff.

Zuwachs an Nutzern auf der Gegenseite profitiert, findet somit eine Quersubventionierung zwischen den Nutzergruppen statt. Dies kann soweit gehen, dass eine Seite gar nichts zahlen muss oder sogar eine Prämie für die Nutzung der Plattform erhält. Teilweise wird diese Eigenschaft in der Literatur als elementare Definition für zweiseitige Märkte eingesetzt: Wird die Preisstruktur bei gleichbleibendem Gesamtpreisniveau verändert, beeinflusst dies auf zweiseitigen Märkten die Höhe der Transaktionen.[62]

748. Die Charakteristika von Plattformen machen deutlich, dass bei der Marktabgrenzung die Betrachtung einer einzelnen Marktseite aus ökonomischer Sicht nicht ausreicht. Auch wenn sich die Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) bestimmter Produkte oder Dienste auf den einzelnen Marktseiten mitunter erheblich unterscheidet, ist es ratsam die zwei Marktseiten nicht als autonome Märkte zu betrachten. Indirekte Netzwerkeffekte zwischen den Nutzerseiten sind das entscheidende Merkmal eines zweiseitigen Marktes und dürfen deshalb auch bei der Marktabgrenzung nicht außer Acht gelassen werden. Gleichzeitig erschweren sie die Bestimmung des relevanten Marktes. Auch quantitative Methoden sind nur bedingt anwendbar. Zwar gibt es eine Reihe von Erweiterungsvorschlägen für den SSNIP-Test[63], um indirekte Netzwerkeffekte und deren Auswirkungen auf den Gewinn abbilden zu können. Dadurch gestaltet sich das Instrument jedoch deutlich komplizierter in der Anwendung und erhöht sich der ohnehin schon große Informations- und Datenbedarf. Zudem kann eine hypothetische Preiserhöhung nicht betrachtet werden, wenn kein pekuniärer Preis erhoben wird.[64]

749. Bei der Marktanteilsbestimmung kann es schwierig sein, einen geeigneten Indikator zu ermitteln. Zum Einen gehört es zu den Charakteristika eines zweiseitigen Marktes, dass die Preisstruktur zwischen den einzelnen Kundenseiten sehr unausgeglichen sein kann (in einigen Fällen werden sogar nicht kostendeckende Preise auf der preissensibleren Seite eingesetzt), zum anderen „zahlen“ Nutzer teilweise auch mit der Bereitstellung ihrer Daten. Manche Plattformen nutzen zur Finanzierung wiederum Werbetreibende als dritte Marktseite. Die Bestimmung der Umsatzanteile erweist sich somit in vielen Fällen als unzureichend oder verfälschend, sodass auf alternative Bemessungsgrundlagen zurückgegriffen werden muss.[65]

750. Eng damit verknüpft ist die Aufgabe, die Marktmacht einer Plattform zu bestimmen und zu klären, welche Wohlfahrtseffekte mit deren Ausübung verbunden sind. Die Netzwerkeffekte bedingen in vielen Fällen eine starke Konzentrationstendenz hin zu großen Plattformen und erschweren den Marktzutritt. So erfordert eine erfolgreiche Platzierung im Markt den Aufbau einer kritischen Nutzermasse. Dies kann bis zum sogenannten „Market Tipping“ führen- eine Situation, in der aufgrund der starken Netzwerkeffekte nur noch eine Plattform aktiv bleibt, nachdem sie eine gewisse kritische Größe erreicht hat. Differenzierungsmöglichkeiten (z. B. um heterogene Zielgruppen zu bedienen) sowie die Möglichkeit zum Multihoming – die parallele Nutzung mehrerer Plattformen – wirken einer Plattformkonzentration jedoch entgegen. Zudem ist gerade auf digitalen Märkten der Innovationsdruck meist sehr hoch. Aus ökonomischer Sicht ist zudem nicht klar, ob Wettbewerb zwischen Plattformen immer wünschenswert ist. Durch die Interdependenzen zwischen den beiden Marktseiten kann die Bereithaltung paralleler Plattformen bzw. Netzwerke ineffizient sein.[66]

1.7.2 Fusion von Datingplattformen

751. Im Verfahren zur Fusion der Datingplattformen Parship.de und ElitePartner.de zeigten sich die Anforderungen bei der Prüfung von Fällen im Bereich von Plattformmärkten in besonderem Maße. Im März 2015 erwarb der Fond OCPE II Master LP (London) die Parship GmbH, die die Datingplattform Parship.de betreibt. Die kurze Zeit später angemeldete Übernahme der Elite-Medianet GmbH (Betreiber von ElitePartner.de und AcademicPartner.de) wurde im Hauptprüfverfahren ebenfalls freigegeben.[67]

---

62 Vgl. Rochet, J.C./Tirole, J., Two-sided markets: A progress report, The RAND Journal of Economics, 37(3), 2006, S. 645-667.

63 Der SSNIP-Test (Small but significant and nontransitory increase in price) untersucht die Reaktion der Nachfrager auf eine angenommene kleine, aber nicht unbedeutende, dauerhafte Erhöhung der Preise der betreffenden Produkte.

64 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 54 ff.

65 Dies könnten z. B. die Anzahl der Nutzer einer Plattform oder die Anzahl der Transaktionen sein.

66 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 42 ff.

67 BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B 6 – 57/15.

752. Unter Online-Datingplattformen werden internetbasierte Dienste verstanden, die eine Vermittlung von persönlichen und privaten Kontakten zwischen den Plattformnutzern ermöglichen. Alle Online-Datingplattformen haben die Gemeinsamkeit, dass deren Anbieter eine über das Internet nutzbare Datenbank betreiben, in der sich die Nutzer eintragen und nach anderen Nutzern suchen können. Zumindest bei heterosexueller Kontaktvermittlung ist eine Online- Datingplattform gegenüber zwei abgrenzbaren Seiten – männliche und weibliche Nutzer – tätig. Gleichwohl lassen sich einige Unterschiede zwischen Online-Datingplattformen feststellen, die sich in mehreren Dimensionen ergeben und letztlich zu einer Differenzierung von Online-Datingplattformen führen. Eine Dimension der Differenzierung betrifft die Unterscheidung zwischen Partnervermittlungsplattformen, Singlebörsen und Casual/Adult Dating-Plattformen. Während Partnervermittlungsplattformen, zu denen auch Parship und ElitePartner zählen, auf das Anbahnen langfristiger Partnerschaften ausgelegt sind, ist das Vermittlungsziel bei Singlebörsen in der Regel offener. Casual/Adult Dating-Plattformen werden hingegen klar zum Knüpfen kurzfristiger Kontakte genutzt. Im Gegensatz zu Partnervermittlungsplattformen findet bei Singlebörsen meist kein „Matching“ in Form von Persönlichkeitstests und Partnervorschlägen statt. Darüber hinaus finanzieren sich Singlebörsen häufiger über Werbung und bieten ihren Dienst für die Nutzer kostenfrei an. Weiterhin gibt es gibt es sowohl breit positionierte Plattformen wie Parship.de, die ein möglichst großes Publikum ansprechen möchten, als auch eine Vielzahl von Diensten, die eine engere Zielgruppe adressieren. Zum Beispiel gibt es Plattformen, die sich speziell an Personen aus bestimmten Regionen, Vegetarier und Veganer oder auch Fans bestimmter Musikrichtungen richten.

753. Im Fall der Fusion von ElitePartner und Parship stellte sich bei der Marktabgrenzung zunächst die Frage, ob die beiden Marktseiten – Männer und Frauen – einheitlich oder getrennt betrachtet werden sollen. Datingportale erfüllen die wichtigsten Merkmale von mehrseitigen Märkten bzw. Plattformmärkten. So bestehen indirekte Netzwerkeffekte zwischen den beiden Nutzergruppen[68], da beide Marktseiten wechselseitig von einem Anstieg der Nutzerzahl auf der anderen Seite profitieren. Die Leistung der Plattform besteht gerade in der Vermittlung eines Kontaktes, bei einigen Plattformen zusätzlich im „Matching“, also der Auswertung verschiedener Merkmale des Nutzers mit anschließenden Partnervorschlägen. Folgerichtig entschied sich das Bundeskartellamt gegen eine getrennte Betrachtung der Marktseiten und für eine einheitliche Marktabgrenzung.

754. Darüber hinaus bilden Partnervermittlungsplattformen und Singlebörsen aus Sicht des Bundeskartellamtes einen gemeinsamen Markt. Miteinbezogen wurden auch solche Dienste, die sich über Werbung finanzieren. Mit den Werbetreibenden wird dem Markt eine dritte Marktseite hinzugefügt, die die Finanzierung sichert. Wenngleich die beiden Datinggruppen den Dienst deshalb unentgeltlich nutzen können, ist dieser als Marktleistung im Sinne des GWB anzusehen. Maßgeblich ist hierbei, dass die Nutzergruppen mit einer zahlungspflichtigen Seite verknüpft sind, mit der wiederum indirekte Netzwerkeffekte bestehen und ein einheitlicher Erwerbszweck der Tätigkeit anzunehmen ist.[69]

755. Ob Casual/Adult Dating-Plattformen sowie analoge Vermittlungsmöglichkeiten (Zeitungsannoncen, etc.) Teil des relevanten Marktes darstellen, wurde in Frage gestellt, jedoch letztendlich offen gelassen, da es keine Auswirkungen auf die Entscheidung habe. Abgelehnt wurde hingegen die von den beteiligten Parteien geforderte Berücksichtigung von klassischen sozialen Netzwerken, insbesondere Facebook.

756. Die Einordnung unentgeltlicher Leistungen als Marktleistungen hat ebenfalls Auswirkungen auf die Berechnung der Marktanteile. Üblicherweise werden Marktanteile im Rahmen von Fusionskontrollverfahren auf Grundlage der im letzten Geschäftsjahr oder in den letzten Geschäftsjahren erwirtschafteten Umsätze ermittelt. Bei Einbeziehung unentgeltlicher Marktleistungen führt die Anwendung dieser Praxis jedoch zu Verzerrungen. Im vorliegenden Fall wurde deshalb auf unterschiedliche Indikatoren abgestellt, um einen besseren Eindruck von der Verteilung der Marktanteile zu erhalten. So wurden die Anteile sowohl auf Basis der Umsätze, der Anzahl der registrierten Nutzer und der Anzahl

---

[68] Dies gilt bei heterosexueller Kontaktvermittlung. Bei anders positionierten Plattformen treten indirekte Netzwerkeffekte möglicherweise nicht oder nicht im gleichen Maße auf.

[69] Kritisch ist in diesem Zusammenhang der Beschluss des OLG Düsseldorf in Zusammenhang mit Hotelbuchungsportalen zu sehen: Das Gericht vertritt unter anderem die Auffassung, dass als maßgebliche Marktgegenseite lediglich die Hotels in Frage kommen, mit denen eine Vermittlungsleistung vereinbart wird und die dafür eine Provision entrichten. Hotelkunden, die das Portal unentgeltlich zum Suchen, Auffinden und Vergleichen von Hotels nutzen, werden nicht miteinbezogen; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14(V), Rz. 42 ff.

der „unique visitors“[70] berechnet. Je nachdem, welcher Ansatz gewählt wird, ergibt sich ein sehr unterschiedliches Bild vom Marktgeschehen. Während sich die Anteile von Parship.de, ElitePartner.de und AcademicPartner.de bei reiner Betrachtung der Umsatzerlöse zusammengenommen auf 45-50 Prozent beliefen, reduzierte sich der Prozentsatz bei Zuhilfenahme der registrierten Mitglieder auf 15-20 Prozent, bei den „unique visitors“ auf 20-25 Prozent. Die beachtlichen Unterschiede zeigen, welche Bedeutung die Wahl einer geeigneten Berechnungsbasis hat. Während die Vermutungsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB für eine marktbeherrschende Stellung bei Abzielen auf die Umsätze klar überschritten ist, fällt die Bewertung bei Betrachtung der Nutzer bzw. Besucher gänzlich anders aus.

757. Obwohl die wettbewerbliche Nähe zwischen den zwei fusionierenden Portalen als relativ hoch bewertet wurde, wurde die Gefahr der Entstehung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung als nicht besonders groß eingeschätzt. Maßgeblich für diese Einschätzung waren eine Reihe von Faktoren, die der grundsätzlichen Konzentrationstendenz auf Plattformmärkten entgegenwirken. Erstens betreiben viele Kunden beim Onlinedating Multihoming, das heißt sie verwenden gleichzeitig mehrere Plattformen, um ihre Erfolgschancen zu maximieren. Die Tatsache, dass es sowohl kostenpflichtige als auch kostenfreie Portale gibt, forciert diese Praxis, da die Nutzer ohne Zusatzkosten (abgesehen von den Transaktionskosten durch das Anlegen eines neuen Profils und gegebenenfalls der Bereitstellung ihrer Daten) mehrere Dienste nutzen können. Zweitens findet sich im Onlinedatingmarkt ein hoher Grad an Differenzierung hinsichtlich unterschiedlicher Zielgruppen. Drittens unterscheidet sich das Onlinedatinggeschäft in zwei entscheidenden Punkten von klassischen sozialen Netzwerken: Es liegt in der Natur der Sache, dass Datingportale vornehmlich nicht zur Pflege bestehender sondern zum Knüpfen neuer Kontakte genutzt werden. Bei einem Wechsel der Plattform muss der Kunde also nicht seine bisherigen Kontakte dazu bewegen, es ihm gleichzutun. Dies senkt die Konzentrationstendenzen massiv. Zudem kommt dem Neukundengeschäft bei Datingplattformen eine zentrale Rolle zu. Bestehende Kunden verlassen die Plattform in der Regel nach einiger Zeit – entweder, weil sie Erfolg hatten, oder weil sie aufgrund des Misserfolgs nicht dazu bereit sind, den Dienst weiter zu nutzen. Zudem zeigte sich zuletzt, dass der Innovationsdruck auf etablierte Geschäftsmodelle wie die desktopbasierten Datingplattformen relativ hoch ist. Dies ist insbesondere daran zu erkennen, dass neue mobile Dienste (wie Tinder oder Lovoo) rasante Nutzerzuwächse verzeichnen.

758. Insgesamt zeigten sich im vorliegenden Fusionsverfahren die Besonderheiten von mehrseitigen bzw. Plattformmärkten sehr deutlich. Aus Sicht der Monopolkommission trägt die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes bei der Prüfung diesen Herausforderungen in angemessener Weise Rechnung und berücksichtigt die Erkenntnisse aus der ökonomischen Forschung.

1.7.3 Fusion von Immobilienplattformen

759. Ein weiterer Fall im Bereich der Fusionskontrolle betrifft Online-Immobilienplattformen, auf denen Vermieter oder Verkäufer Objekte anbieten und potenzielle Mieter oder Käufer nach Objekten suchen können. Die Übernahme der Immowelt AG (Betreiber von immowelt.de) durch die Axel Springer SE, zu der die Immonet GmbH (Betreiber von immonet.de) gehört, wurde bereits im Vorprüfverfahren freigegeben, da aus Sicht des Bundeskartellamtes selbst bei enger Marktabgrenzung keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten gewesen sei.[71]

760. Wenngleich die konkrete Marktabgrenzung offen gelassen wurde, zeigte sich auch hier die Bedeutung einer einheitlichen Marktbetrachtung bei Plattformmärkten. Die Natur der Netzwerkeffekte zwischen den einzelnen Marktseiten – Vermieter bzw. Verkäufer auf der einen Seite, Mieter bzw. Käufer auf der anderen – stellt sich ähnlich wie bei Datingplattformen dar. Vermieter und Verkäufer profitieren von einer größeren Anzahl an potenziellen Mietern und Käufern und umgekehrt, wodurch ein Rückkopplungseffekt entsteht. Die Marktseiten einzeln zu betrachten wäre demnach nicht sinnvoll. Dem steht nicht entgegen, dass der Dienst für Mieter in der Regel kostenfrei angeboten wird, während Anbieter eine Einstellgebühr entrichten müssen. Vielmehr zeigt sich hierin wiederum ein charakteristisches Merkmal von zweiseitigen Marktformen.

---

70 „Unique visitors“ sind die tatsächlichen monatlichen Besucher der Plattformwebseite. Dadurch soll vermieden werden, dass inaktive Nutzer („Karteileichen“) mitgezählt werden.

71 Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. April 2015, B6-39/15.

761. Durch den Zusammenschluss reduzierte sich die Zahl der bedeutenderen Immobilienplattformen im Wesentlichen von drei auf zwei, wobei die Immobilien Scout GmbH (Betreiber von immobilienscout24.de) Marktführer blieb. Gemessen an den Umsätzen vereinen die drei Plattformen zusammen Dreiviertel der Marktanteile bei Immobilienplattformen auf sich. Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs war aus Sicht des Bundeskartellamtes jedoch auch bei enger Marktabgrenzung weder durch nicht-koordinierte, noch durch koordinierte Effekte zu erwarten.[72] Die Beweggründe für diese Entscheidung sind nachvollziehbar. Zum einen führte der Zusammenschluss zu einer nunmehr stärkeren Stellung der fusionierenden Unternehmen gegenüber dem Marktführer Immobilienscout GmbH. Dies kann Konzentrationstendenzen bei einer Plattform bis hin zu einem sogenannten „Market Tipping" entgegenwirken. Zum anderen betreiben auch im Bereich Immobiliensuche viele Nutzer Multihoming.

1.7.4 Erwerb der Vergleichsplattform Verivox durch ProSieben Sat. 1

762. Der Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Vergleichsplattform Verivox durch die ProSieben Sat. 1 Media AG wurde im Berichtszeitraum ebenfalls freigegeben.[73] Zwischen den beiden Beteiligten bestehen praktisch keine horizontalen Überschneidungen. Verivox ist das führende Online-Vergleichsportal für die Vermittlung von Strom- und Gasverträgen für Endverbraucher in Deutschland, vermittelt darüber hinaus aber auch Verträge in den Sparten Versicherungen, DSL, Handy & Tarife sowie Konto & Kredit. Die Kerntätigkeit von Verivox besteht darin, Anbieter und Nachfrager von Produkten aus den vorgenannten Bereichen zusammen zu bringen. Verivox ermöglicht dazu einen Vergleich der angebotenen Produkte. Wenn der Nachfrager dies wünscht, kann er über Verivox direkt den Vertragsschluss für ein konkretes Produkt einleiten. Der eigentliche Vertragsschluss findet dann unmittelbar zwischen Anbieter und Nachfrager statt. Der größte Wettbewerbsdruck geht von der Vergleichsplattform Check24 aus.

763. Es bestand die Sorge, dass die ProSieben Sat. 1 Media AG durch den Zusammenschluss einen Anreiz haben könnte, Verivox bessere und günstigere Werbeplätze auf den ihr zugehörigen Sendern zu gewähren als anderen Plattformen. Eine dadurch verstärkte Marktposition könnte unter Umständen zu einem "Market Tipping" und folglich zum Ausscheiden von Wettbewerbern aus wichtigen Sparten im Bereich Onlinevergleich führen.

764. Diese Gefahr wurde jedoch als gering eingestuft. Maßgeblich für diese Einschätzung war die Tatsache, dass Check 24 in den meisten anderen Vergleichssparten marktführend ist und auch insgesamt eine stärkere Stellung aufweist. Auch im Bereich Strom und Gas gewinnt Check 24 immer mehr an Bedeutung. Ein Tipping hin zu Verivox erschien nach Auffassung des Bundeskartellamtes aus diesem Grund eher unwahrscheinlich. Dies gelte umso mehr, als die ProSieben Sat. 1 AG bevorzugende Konditionen immer gegen entgangene Werbeeinnahmen durch Wettbewerber abwägen müsse und Fernsehwerbung nur einen Teilbereich der Werbetätigkeit von Vergleichsplattformen ausmache. Außerdem finde sich auch in diesem Markt ein hohes Maß an Multihoming. Die Monopolkommission schätzt die Entscheidung als folgerichtig ein.

1.8 Fusionskontrolle auf regionalen Krankenhausmärkten

765. Das Bundeskartellamt hat im Mai 2014 den geplanten Zusammenschluss der Klinikum Esslingen GmbH und der Kreiskliniken Esslingen gGmbH untersagt. Die beiden Krankenhäuser der Stadt Esslingen und des Landkreises Esslingen sollten in einem paritätisch geführten Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführt werden. Das Klinikum Esslingen ist eine Tochtergesellschaft der Stadt Esslingen am Neckar mit 634 Planbetten im Jahr 2012. Es handelt sich um ein Krankenhaus zur akutstationären Versorgung. Es ist zugleich akademisches Lehrkrankenhaus der Universität Tübingen. Alleiniger Gesellschafter der Kreiskliniken Esslingen ist der Landkreis Esslingen. Die Kreiskliniken betreiben die beiden Krankenhäuser Klinikum Kirchheim-Nürtingen-Plochingen, mit je einem Standort in den drei genannten Orten sowie das Paracelsus Krankenhaus Ruit in Ostfildern. Beide Krankenhäuser dienen ebenfalls der akutstationären Versorgung und verfügten im Jahr 2012 insgesamt über 1.172 Betten. Der Zusammenschluss unterlag den Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle, da die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB erreicht wurden. Stadt und Landkreis Esslingen erzielten im Jahr 2012 zusammen Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. und einzeln jeweils mehr als EUR 100 Mio.

[72] Die genaue Marktabgrenzung wurde in diesem Fall offen gelassen. Bei einer engen Marktabgrenzung würden weder Meta-Suchmaschinen noch Printanzeigen in den relevanten sachlichen Markt miteinbezogen.

[73] Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Juli 2015, B8-67/15.

Die Zusammenschlusstatbestände des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB und des Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB waren erfüllt.

766. Betroffen war der sachlich relevante Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen. Er umfasst sämtliche stationären medizinischen Dienstleistungen, welche die Krankenhäuser gegenüber Patienten erbringen. Davon abzugrenzen sind Märkte für Rehabilitationseinrichtungen sowie für Alten- und Pflegeheime. Reine Privatkliniken, die nicht in den Krankenhausplänen der Länder aufgenommen sind und die keine Verträge nach § 108 Sozialgesetzbuch V (SGB V) mit den Krankenkassen geschlossen haben, gehören nicht zu dem sachlich relevanten Markt. Aus Sicht des Patienten werden sie wegen der fehlenden Erstattung durch die Krankenkassen nicht als Ausweichalternative angesehen. In der Entscheidung wurde untersucht, ob eine engere Marktabgrenzung angezeigt ist, etwa weil sich der Zusammenschluss in besonderer Weise auf bestimmte medizinische Fachgebiete auswirkt. Dies ist nicht der Fall.

767. Räumlich relevanter Markt ist das Gebiet, in dem die Zusammenschlussbeteiligten ihre Leistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Entscheidend für die räumliche Marktabgrenzung ist für das Bundeskartellamt, welche Krankenhäuser aus Sicht der Patienten für ihre Versorgung in Betracht kommen. Von einem räumlich relevanten Markt mit homogenen Wettbewerbsbedingungen ist demnach dann auszugehen, wenn die Patienten, die in einem Gebiet wohnen, überwiegend die Krankenhäuser dieses Gebietes aufsuchen (Eigenversorgung). Umliegende Gebiete gehören dann zum räumlich relevanten Markt, wenn eine nicht unerhebliche Einpendlerquote existiert, d. h., wenn die dort wohnenden Patienten in einem relevanten Umfang Krankenhäuser in dem Kerngebiet eines Krankenhauses aufsuchen. Der räumlich relevante Markt vergrößert sich nicht, wenn es in einem relevanten Ausmaß zu einer Auswanderung von Patienten aus dem Gebiet kommt, ohne dass es gleichzeitig zu Einwanderungen kommt. Relevant im Rahmen der Marktabgrenzung ist ausschließlich, welche Patienten die am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser nutzen. Die Abwanderung von Patienten aus einem Gebiet bleibt allerdings nicht unberücksichtigt, sondern werden im Rahmen der materiellen wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt. Bei der räumlichen Marktabgrenzung kommt es auf das tatsächliche und nicht auf potenzielles Verhalten an. Praktisch wird der räumlich relevante Markt mittels eines mehrstufigen Verfahrens bestimmt. Zunächst wird anhand der Falldaten das Einzugsgebiet der beteiligten Krankenhäuser und der Krankenhäuser in den umliegenden Gebieten ermittelt. In weiteren Schritten wird aus Sicht der nachfragenden Patienten untersucht, in welchen Krankenhäusern sie sich behandeln lassen würden. Vorliegend führten die Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu dem Ergebnis, dass rund 70 Prozent der Patienten aus dem Gebiet Esslingen sich in Krankenhäusern des Gebietes behandeln lassen. Im Gebiet Kirchheim/Nürtingen waren es 52,5 Prozent. Die Nachfrager aus den umliegenden Gebieten nutzen demgegenüber die Krankenhäuser ihres jeweiligen Gebietes und nehmen die Krankenhäuser in den Gebieten Esslingen und Kirchheim/Nürtingen nicht als relevante Behandlungsalternativen wahr. Das Bundeskartellamt ging auf dieser Grundlage von zwei räumlich getrennten Märkten für die beiden Regionen Esslingen und Kirchheim/Nürtingen aus. Wegen der nicht unerheblichen Nutzung der Krankenhäuser in Esslingen durch Patienten aus Kirchheim/Nürtingen hätte auch ein gemeinsamer räumlich relevanter Markt für die beiden Regionen in Betracht kommen können. Das Bundeskartellamt ließ das offen, da die räumliche Marktabgrenzung es aus seiner Sicht nicht entscheidungsrelevant war.

768. Die Monopolkommission hat sich mit der Abgrenzung von Märkten für Krankenhausdienstleistungen ausführlich in ihrem XVII. Hauptgutachten befasst.[74] Kritisch gesehen wurde insbesondere die Praxis, alle akutstationären Leistungen der diagnosebezogenen Fallgruppen (Diagnosis Related Groups, DRG) in die sachliche Marktabgrenzung mit einzubeziehen, da es hierdurch insbesondere bei der Übernahme eines kleinen Krankenhauses durch ein Großes oder bei der Fusion von Fachklinken dazu kommen kann, dass Krankenhäuser einem Markt zugeordnet werden, die aufgrund ihres Leistungsspektrums nicht demselben Markt angehören. Dem entspricht das Bundeskartellamt in seiner neueren Entscheidungspraxis dadurch, dass eine engere Marktabgrenzung, d. h. eine nach überwiegend auftretenden Fallgruppen, zumindest geprüft wird. Die weite Marktabgrenzung, bei der sämtliche akutstationären Leistungen demselben

---

[74] Vgl. Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 535 ff.

relevanten Markt zugerechnet werden, hat der Bundesgerichtshof bei dem Zusammenschlussvorhaben Rhön-Klinikum/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt befürwortet, ohne jedoch auszuschließen, dass im Einzelfall eine engere Abgrenzung sachgerecht sein könnte.[75]

769. Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt weiterhin den Weg, die aktuellen Patientenströme und die sich daraus ergebende Nachfragesituation als relevantes Abgrenzungskriterium heranzuziehen. Das ist deshalb problematisch, weil der statische Blick auf die Patientenströme nur eine eingeschränkte Aussage zulässt, wie leicht ein Krankenhaus in einer Region durch ein anderes in einer angrenzenden Region substituiert werden kann. Die Monopolkommission hatte in einem früheren Hauptgutachten vorgeschlagen, auf eine räumliche Marktabgrenzung zu verzichten und stattdessen eine statistisch relevante Patientenzahl zu befragen, in welchem Krankenhaus sie sich hätten behandeln lassen, wenn das von ihnen gewählte nicht zur Verfügung gestanden hätte. Je größer der Anteil der Patienten ist, die stattdessen in die Klinik der anderen Zusammenschlussbeteiligten gegangen wären, desto problematischer ist aus wettbewerblicher Sicht der Zusammenschluss. Eine zusätzliche räumliche Marktabgrenzung ist für eine solche Analyse nicht erforderlich, sie ergibt sich bereits aus den Antworten der Patienten. Alle Kliniken, die aus deren Sicht eine Alternative darstellen, sind Teil des räumlich relevanten Marktes.

770. Der hier betrachtete Zusammenschluss Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen hätte auf den räumlich relevanten Märkten für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen in Esslingen und in Kirchheim/Nürtingen zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung geführt, was zugleich eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs darstellt. Im Markt Esslingen ist das Klinikum Esslingen mit einem Marktanteil von mehr als 45 Prozent führender, aber nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes nicht marktbeherrschender Anbieter. Zweitgrößter Anbieter mit einem Marktanteil von ca. 30 Prozent ist die Kreiskliniken Esslingen. Nachfolgende Wettbewerber, wie das Klinikum Stuttgart, verfügen in dem Marktgebiet nicht über ein Krankenhaus und halten Marktanteile von weniger als 10 Prozent oder sogar deutlich darunter. Nach dem Zusammenschluss hätten die Zusammenschlussparteien über einen gemeinsamen Marktanteil von etwa 75 Prozent verfügt. Ein ähnliches Bild ergab sich auf dem räumlich relevanten Markt Kirchheim/Nürtingen. Hier verfügte die Kreiskliniken Esslingen vor dem Zusammenschluss über eine Marktanteil von mehr als 55 Prozent und das Klinikum Esslingen über 12,5 Prozent. Die Universitätsklinik Tübingen und das Klinikum Stuttgart verfügen jeweils über Marktanteile von weniger als 7,5 Prozent. Nach dem Zusammenschluss hätte sich ein gemeinsamer Marktanteil von etwa 67,5 Prozent ergeben. Der Marktanteilsabstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern wäre beträchtlich gewesen. Jeweils ähnliche Bilder ergaben sich bei einer fachabteilungsbezogenen Betrachtung für die Fachabteilungen für Chirurgie, Innere Medizin und Gynäkologie und Geburtshilfe sowie bei einer Betrachtung eines gemeinsamen räumlichen Marktes Esslingen/Kirchheim/Nürtingen.

771. Die potenziellen Zusammenschlussparteien sind – so das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung – auf den betrachten relevanten Märkten enge Wettbewerber. Die jeweils anderen Krankenhäuser stellen in beiden Fällen die jeweils erste Behandlungsalternative dar. Ohne den Zusammenschluss wird der wettbewerbliche Verhaltensspielraum vor allem von dem jeweils anderen Unternehmen eingeschränkt. Mit dem Zusammenschluss wäre nach den Feststellungen des Amtes auf beiden Märkten erheblicher Wettbewerbsdruck entfallen. Zudem wäre es auf keinem der betrachteten Märkte zu zusammenschlussbedingten Vorteilen in Form von Effizienzen gekommen, die die Nachteile für den Wettbewerb und die Patienten kompensiert hätten.

772. Anders beurteilt hat das Bundeskartellamt den geplanten Erwerb der Klinik Tettnang durch das Klinikum Friedrichshafen. Der Zusammenschluss wurde im Rahmen der ersten Untersuchungsphase freigegeben. Entscheidend für die kurze Untersuchungsdauer war, dass der Zusammenschluss Ende des Jahres 2013 bereits angemeldet und im Rahmen eines Hauptprüfverfahren intensiv geprüft wurde. Auf diese Prüfungsergebnisse konnte das Bundeskartellamt zurückgreifen, als die Anmeldung zunächst zurückgezogen und dann kurzfristig wieder eingereicht wurde. Betroffen von dem Zusammenschluss war das städtische Klinikum Friedrichshafen, welches in Friedrichshafen am Bodensee ein Allgemeinkrankenhaus mit 370 Planbetten in 14 Fachabteilungen betreibt. Zu dem Klinikum Friedrichshafen gehört

---

[75] BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07, BGHZ 175, 333 (zit. nach Juris), Rz. 51 ff.

ein weiteres Allgemeinkrankenhaus mit 133 Betten und fünf Fachabteilungen in dem Ort Weingarten. Das Erwerbsobjekt, die Klinik Tettnang, ist ebenfalls ein Allgemeinkrankenhaus mit 140 Planbetten und 7 Fachabteilungen. Betroffen war auch hier der sachlich relevante Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen.

773. Der Zusammenschluss hat in Friedrichshafen zu erheblichen Überschneidungen und hohen Marktanteilsadditionen geführt. Gleichwohl war nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs zu erwarten. Dagegen sprach, dass es sich bei dem Marktgebiet Friedrichshafen nicht um ein Gebiet mit homogenen Wettbewerbsverhältnissen handelt. Während in zwei Teilgebieten mit dem Helios Spital Überlingen und der Asklepios Klinik Lindau starke Wettbewerber existieren, die von den Patienten als Ausweichalternative angesehen würden, sei dies im Kerngebiet des relevanten Marktes nicht gegeben. Gleichwohl gab es nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten nach dem Zusammenschluss ihren Leistungsumfang oder die Qualität der Leistungen einschränken könnten. Für diese Annahme sprach, dass ein jeweils bedeutender Anteil der Patienten beider Beteiligter von außerhalb des Kerngebietes stammt und bei Leistungseinschränkungen und Qualitätsverschlechterungen zu den Wettbewerbern abwandern könnte. Die Helios- und Asklepios-Kliniken würden nach den Ermittlungen des Amtes über entsprechende Kapazitäten verfügen. Zudem sprach für eine Freigabe, dass sich die Leistungspalette des Klinikum Friedrichshafen und der Klinik Tettnang vergleichsweise weit unterscheiden. Dazu wurde mithilfe der DRG-Klassifikation untersucht, auf welche Patienten sich das Zusammenschlussvorhaben tatsächlich auswirkt. Im Ergebnis war dies bei Patienten der Fall, die nur etwa zur Hälfte zu dem vom Klinikum Friedrichshafen erzielten Umsatz beitragen. Auf dieser Grundlage sei nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu relevanten Leistungs- und Qualitätsverschlechterungen führe.

774. In einem weiteren Fall, der nach Auffassung des Bundeskartellamtes erhebliche Wettbewerbsbedenken hervorgerufen hätte, griff die Fusionskontrolle nicht ein, weil die Umsatzschwelle von EUR 500 Mio. weltweitem Gesamtumsatz des § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht erreicht wurde. Betroffen war der beabsichtigte Zusammenschluss der drei Krankenhausbetriebe Klinikum Hersfeld GmbH, Kreiskrankenhaus Rotenburg a. d. Fulda GmbH und Herz- und Kreislaufzentrum Rotenburg (HKZ) GmbH & Co. Betriebs KG zu einem Krankenhausverbund. Träger der drei Krankenhäuser sind der Landkreis Hersfeld-Rotenburg, die HKZ GmbH & Co. Betriebs KG sowie der Evangelische Diakonieverein Berlin-Zehlendorf e. V. Deren gemeinsame Umsätze lagen im Jahr 2013 deutlich unter EUR 500 Mio. Gleichwohl hatte das Bundeskartellamt erhebliche Wettbewerbsbedenken. Der Zusammenschluss hätte auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen im Marktgebiet Bad Hersfeld zu einem gemeinsamen Marktanteil von mehr als 75 Prozent geführt. Andere Anbieter, die eine wesentliche Rolle bei der Patientenversorgung in der Region spielen könnten, gibt es nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes nicht. Das Amt hatte den Trägern mitgeteilt, dass die Fusionskontrolle nicht greift, dass aber wettbewerbliche Bedenken bestehen. Der Zusammenschluss ist nach den hier vorliegenden Erkenntnissen nicht vollzogen worden.

775. Die Monopolkommission hat in einem früheren Gutachten darauf hingewiesen, dass die Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhausfusionen wegen der Umsatzschwellen des GWB gegebenenfalls nicht greift und es deshalb zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf regionalen Krankenhausmärkten kommen kann. Regelmäßig unterfallen Krankenhausfusionen nur dann der Zusammenschlusskontrolle, wenn diese zu größeren Unternehmen gehören oder eine Gebietskörperschaft als Träger gleichzeitig Eigentümerin einer Sparkasse, Lotto- oder Abfallentsorgungsgesellschaft ist. In der Folge könnte es vorkommen, dass Fusionen nicht aufgegriffen werden, obwohl damit gravierende Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können. Vorgeschlagen wurde, einen Umsatzmultiplikator in § 38 GWB zu verankern, nachdem die Umsätze von Krankenhausunternehmen für die Zwecke der Fusionskontrolle zu verdreifachen wären. Die Monopolkommission hat aber auch darauf hingewiesen, dass ein Umsatzmultiplikator nur nötig ist, wenn tatsächlich systematisch wettbewerbsschädliche Krankenhausfusionen der Zusammenschlusskontrolle entzogen sind. Der vom Bundeskartellamt genannte Fall passt in diese Kategorie. Für ein systematisches Auftreten solcher Fälle gibt es allerdings bisher keine Anzeichen. Die vom Bundeskartellamt jüngst angekündigte Sektoruntersuchung im Bereich des Krankenhauswesens böte die Gelegenheit, dieser Frage vertieft nachzugehen.

2 Europäische Fusionskontrolle

2.1 Einführung

776. Im aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 ist die Zahl der Anmeldungen im Vergleich zu den drei vorangegangenen Berichtszeiträumen erstmals wieder gestiegen. Die im letzten Berichtszeitraum umgesetzte Modifizierung des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens hat sich in einer deutlichen Erhöhung der Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurde, niedergeschlagen. Während im letzten Berichtszeitraum insgesamt drei Untersagungen ausgesprochen worden waren, hat die Europäische Kommission in den Jahren 2014 und 2015 kein Zusammenschlussvorhaben verboten.[76]

777. Der Berichtszeitraum war von einer weiteren Konsolidierung des Telekommunikationsmarktes geprägt. Die Zusammenschlussvorhaben betrafen jeweils Unternehmen mit Sitz in demselben Mitgliedstaat, grenzüberschreitende Transaktionen blieben im Berichtszeitraum aus. Angemeldet wurden Zusammenschlussvorhaben zwischen Mobilfunkbetreibern, zwischen Festnetzbetreibern und zwischen Mobilfunk- und Festnetzbetreibern. Die Europäische Kommission betonte, dass ihre Entscheidungen nicht von einer bestimmten Anzahl an nach dem jeweiligen Zusammenschluss verbleibenden Anbietern (keine „magic number“), sondern stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Fast alle Zusammenschlussvorhaben wurden unter Nebenbestimmungen freigegeben. In dem Fall TeliaSonera/Telenor/JV nahmen die Parteien ihre Anmeldung zurück, nachdem die Europäische Kommission signalisiert hatte, dass die angebotenen Zusagen nicht ausreichten, um die festgestellten Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Mit dem genannten Verfahren und der Untersagung des Zusammenschlusses Hutchison 3G UK/Telefónica UK im Mai 2016 scheint sich eine strengere Haltung der Europäischen Kommission zu Zusammenschlussvorhaben im Telekommunikationssektor durchzusetzen.

778. Einen weiteren Schwerpunkt der Fusionskontrollpraxis während des Berichtszeitraums bildete die Auseinandersetzung mit dem Aspekt des Innovationswettbewerbs. Die Europäische Kommission bestätigte ihre bisherige Entscheidungspraxis, wonach auch Produkte in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden müssen. In dem Verfahren Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business entwickelte sie ihre Grundsätze zur Beurteilung von Innovationswettbewerb weiter.

779. Auch im aktuellen Berichtszeitraum haben die Zusammenschlussparteien in einer Reihe von Verfahren Effizienzgewinne vorgetragen. Ganz überwiegend lagen die Voraussetzungen für eine Anerkennung der geltend gemachten Effizienzen allerdings nicht vor. Auch die Entwicklung hin zu einer stärker quantitativ basierten Entscheidungspraxis setzte sich fort. Die Europäische Kommission hat in mehreren Fällen neben einer qualitativen Untersuchung quantitative Analysen vorgenommen. Ziel dieser Untersuchungen waren z. B. die Feststellung der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, die Prognose der künftigen Preisentwicklung sowie die Überprüfung von geltend gemachten Effizienzgewinnen.

780. Die Europäische Kommission verfolgte im aktuellen Berichtszeitraum ihr Vorhaben, das Verfahren der europäischen Fusionskontrolle zu vereinfachen, weiter. Keine Priorität misst sie derzeit einer Erweiterung ihrer Zuständigkeit durch die Erfassung nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen bei. Stattdessen prüft sie gegenwärtig, ob die Aufnahme eines Aufgreifkriteriums in die europäische Fusionskontrolle erforderlich ist, das nicht rein umsatzbezogen ist, sondern vom Transaktionsvolumen abhängt.

2.2 Statistische Angaben

781. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 640 Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Hiervon entfielen 303 Anmeldungen auf das Jahr 2014 und 337 auf das Jahr 2015. Während in den vorangegangenen drei Berichtszeiträumen die Anzahl der Notifizierungen kontinuierlich rückläufig war (2008/2009: 606, 2010/2011: 583, 2012/2013: 560), ist im aktuellen Berichtszeitraum zum ersten Mal wieder ein

---

[76] Am 11. Mai 2016, also außerhalb des Berichtszeitraums, hat die Europäische Kommission die Übernahme von Telefónica UK durch Hutchison 3G UK untersagt, Entscheidung vom 11. Mai 2016, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Die Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 11. Mai 2016, IP/16/1704.

deutlicher Anstieg zu verzeichnen. Allerdings wird das Niveau der „Rekord"-Jahre 2006/2007 mit 758 Anmeldungen nicht erreicht.

782. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben die Möglichkeit, bereits vor einer Anmeldung die Verweisung des Fusionskontrollverfahrens an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder an die Europäische Kommission zu beantragen. Während des aktuellen Berichtszeitraums stellten die Zusammenschlussparteien 29 Anträge nach Art 4 Abs. 4 Fusionskontrollverordnung (FKVO) auf Verweisung des Verfahrens an einen Mitgliedstaat. Im Vergleich zum Berichtszeitraum 2012/2013 mit 24 Anträgen ist ein leichter Anstieg zu verzeichnen. In 26 Fällen gab die Europäische Kommission das Verfahren vollständig ab. Zu einer teilweisen Verfahrensabgabe kam es 2014 in keinem, 2015 in zwei Fällen. Die Europäische Kommission lehnte in keinem Fall die beantragte Verweisung vollständig ab.[77]

783. Ebenfalls leicht angestiegen sind die Anträge der Zusammenschlussparteien auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission. Während im Berichtszeitraum 2012/2013 35 Anträge nach Art. 4 Abs. 5 FKVO vorlagen, waren es in den Jahren 2014/2015 insgesamt 39 Anträge. In 38 Fällen war der Verweisungsantrag erfolgreich, nur einmal wurde die Verfahrensabgabe verweigert.

784. Weiter rückläufig ist die Zahl der Verweisungsanträge nach Art. 22 FKVO, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt werden, einen Zusammenschlusses ohne gemeinschaftsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen. Während im vorangehenden Berichtszeitraum noch vier Anträge eingereicht worden waren, waren es im aktuellen Berichtszeitraum lediglich zwei Anträge. Die Europäische Kommission hat in zwei Fällen eine Prüfung durchgeführt, es wurde kein Antrag nach Art. 22 FKVO abgelehnt.

785. Die Anzahl der Anträge nach Art. 9 FKVO, mit denen ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde erreichen kann, beläuft sich auf fünf. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit vier Anträgen bleibt die Anzahl auf niedrigem Niveau in etwa konstant. In den Jahren 2010/2011 und 2008/2009 wurden mit 13 bzw. acht noch wesentlich mehr Verweisungsanträge gemäß Art. 9 FKVO verzeichnet.

786. Bemerkenswert ist der Umstand, dass im aktuellen Berichtszeitraum keine einzige vollständige und nur eine teilweise Verfahrensabgabe nach Art. 9 FKVO erfolgten. Stattdessen lehnte die Europäische Kommission sowohl im Jahr 2014 als auch im Jahr 2015 jeweils drei Verweisungsanträge vollständig ab. Nur in einem Fall im Jahr 2015 gab sie das Verfahren teilweise ab.

787. Von den sechs genannten Ablehnungen betrafen fünf solche Zusammenschlussvorhaben, in denen Telekommunikationsmärkte im Mittelpunkt der wettbewerblichen Prüfung standen. Die Europäische Kommission lehnte in den Fällen Telefónica Deutschland/E-Plus, Liberty Global/Ziggo, Orange/Jazztel, Altice/PT Portugal sowie Hutchison 3G UK/Telefónica UK die Verweisungsanträge Deutschlands, der Niederlande, Spaniens, Portugals und des Vereinigten Königreichs ab. Damit setzte sie ihre Entscheidungspraxis fort, die sich bereits in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria abgezeichnet hatte. Die Europäische Kommission hielt sich in jedem der genannten Fälle für die Wettbewerbsbehörde, die am besten zur Prüfung der jeweiligen Zusammenschlussvorhaben geeignet sei. Zur Begründung führte sie ihre Erfahrungen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Telekommunikationssektor und die Wahrung der einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln in der genannten Branche an.[78]

788. Die Europäische Kommission erließ In dem Verfahren Altice/PT Portugal eine Freigabeentscheidung mit Nebenbestimmungen in der ersten Verfahrensphase. In den Fällen Telefónica Deutschland/E-Plus, Liberty Global/Ziggo und Orange/Jazztel erlaubte sie die Zusammenschlüsse nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase ebenfalls nur unter Bedingungen und Auflagen. In dem Verfahren Hutchison 3G UK/ Telefónica UK hat die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase eingeleitet, die abschließende Entscheidung steht noch aus.

---

[77] Die Zahl der im Berichtszeitraum gestellten Anträge muss nicht mit der Zahl der getroffenen Entscheidungen übereinstimmen, da die Entscheidungen zum Teil im vorangegangenen Berichtszeitraum gestellte Anträge betreffen, zum Teil wird über die im Berichtszeitraum gestellten Anträge erst 2016 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Art. 4 , 9 und Art. 22 FKVO.

[78] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 657 ff.

789. Die Europäische Kommission schloss im vorliegenden Berichtszeitraum insgesamt 604 Verfahren in der ersten Verfahrensphase mit Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 6 Abs. 2 FKVO ab. Auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO lehnte die Europäische Kommission in zwei Fällen ihre Zuständigkeit ab. In 577 Fällen (280 in 2014 und 297 in 2015) beendete sie das Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO, ohne ernsthafte Bedenken gegen die geplanten Transaktionen zu erheben. In 25 Fällen gab die Europäische Kommission die Zusammenschlussvorhaben in der ersten Verfahrensphase gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 FKVO nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

790. Weiter erhöht hat sich die Anzahl der Fälle, die in der ersten Verfahrensphase im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurden. Die Europäische Kommission hat das vereinfachte Verfahren, das in offensichtlich unproblematischen Konstellationen zur Anwendung kommen soll, in 429 Fällen angewendet. Vergleicht man die Anzahl der Freigabeentscheidungen ohne Nebenbestimmungen in der ersten Verfahrensphase mit der Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren erledigt werden, zeigt sich, dass etwa 71 Prozent der Erste-Phase-Verfahren im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurden. Legt man die Gesamtzahl aller Anmeldungen zugrunde, sind es ca. 67 Prozent der Verfahren. Im vorigen Berichtszeitraum waren es noch ca. 64 bzw. ca. 60 Prozent.

791. Der Anstieg dürfte auf die im letzten Berichtszeitraum erfolgte Überarbeitung der Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren zurückzuführen sein. Die Europäische Kommission prognostizierte damals, dass im Rahmen des erweiterten Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens künftig ca. 60 bis 70 Prozent aller Fälle schneller abgeschlossen werden könnten.

792. In 19 Fällen leitete die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase mit einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Damit wurde – ähnlich wie im vergangenen Berichtszeitraum – in ca. drei Prozent der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben eine vertiefte Prüfung angestoßen.

793. Nach vertiefter Prüfung gab die Europäische Kommission drei Vorhaben gemäß Art. 8 Abs. 1 FKVO ohne Nebenbestimmungen frei, in zwölf Fällen beendete sie das Verfahren mit einer Freigabe unter Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO. Während des aktuellen Berichtszeitraums sprach die Europäische Kommission keine Untersagung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO aus. Die Anzahl der Untersagungsentscheidungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung blieb daher mit 24 konstant. Allerdings nahmen die Zusammenschlussparteien in den Jahren 2014/2015 insgesamt 14 Vorhaben zurück, zwölf in der ersten und zwei in der zweiten Verfahrensphase. Nach nur sechs Rücknahmen im vorigen Berichtszeitraum stieg die Zahl der Rücknahmen somit deutlich an und überstieg leicht das Niveau von 2010/2011 mit 13 Fällen.

2.3 Wettbewerbliche Beurteilung

2.3.1 Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion

794. Bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses vergleicht die Europäische Kommission die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden („Counterfactual“).[79] In den meisten Fällen sind die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen der Vergleichsmaßstab zur Bewertung der Auswirkungen einer Fusion. Unter besonderen Umständen kann die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können. Bei der Erwägung, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist, kann sie insbesondere den zu erwartenden Marktzugang oder-austritt von Unternehmen für den Fall berücksichtigen, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt.

795. Daneben kann die Europäische Kommission laut Horizontal-Leitlinien zu dem Ergebnis gelangen, dass ein eigentlich problematisches Vorhaben dennoch mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren ist, wenn eines der beteiligten

---

[79] EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Zusammenschlüssen, ABl. EU 2004/C31/05 vom 5. Februar 2004 (Horizontal-Leitlinien), Tz. 9.

Unternehmen ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde (Sanierungsfusion).[80] Grundvoraussetzung ist, dass die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur nach dem Zusammenschluss nicht auf diesen zurückgeführt werden kann. Dies wäre der Fall, wenn sich die Wettbewerbsstruktur des Marktes ohne den Zusammenschluss zumindest im gleichen Ausmaß verschlechtern würde. Die Europäische Kommission hält die folgenden Kriterien für die Anwendung des Prinzips der Sanierungsfusion für besonders wichtig: Erstens muss das Unternehmen, welches einen Sanierungsfall darstellen soll, aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten gezwungen sein, in naher Zukunft aus dem Markt auszuscheiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird. Zweitens darf es zu dem angemeldeten Zusammenschluss keine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative geben. Drittens würden die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen werden.

796. Im Berichtszeitraum wurden die Entscheidungen der Europäischen Kommission betreffend die Zusammenschlussvorhaben Nynas/Shell/Raffinerie Harburg sowie Aegean/Olympic II veröffentlicht.[81] Die Europäische Kommission prüfte in beiden Fällen die Voraussetzungen der Sanierungsfusion und gab die Zusammenschlussvorhaben nach detaillierter Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen in der zweiten Verfahrensphase ohne Nebenbestimmungen frei. Allerdings führte sie diese Untersuchung nur im Verfahren Aegean/Olympic II unter dem Stichwort der Sanierungsfusion durch, wohingegen die Voraussetzungen des Sanierungseinwands im Verfahren Nynas/Shell/Raffinerie unter dem Aspekt des maßgeblichen „Counterfactual“ geprüft wurden.

797. Der Zusammenschluss Aegean/Olympic II wirkte sich im Wesentlichen auf den Passagierflugverkehr zwischen Athen und den griechischen Inseln aus.[82] Bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung der betroffenen Flugstrecken stellte die Europäische Kommission fest, dass seit ihrer Entscheidung in der Sache Olympic/Aegean Airlines[83] die Überschneidungen des Tätigkeitsbereichs der beiden Unternehmen kontinuierlich zurückgegangen waren, sodass nur noch sieben Inlandsstrecken von beiden Unternehmen bedient würden. Auf diesen Strecken würde das Zusammenschlussvorhaben nach Einschätzung der Europäischen Kommission allerdings zur Entstehung von Monopolstellungen oder jedenfalls zum Wegfall eines der beiden engsten Wettbewerber führen. Auf sechs weiteren Strecken würde jedenfalls potenzieller Wettbewerbsdruck entfallen.

798. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ging weder von Direktflügen von ausländischen Flughäfen zu den griechischen Inseln noch von Fährverbindungen ausreichender Wettbewerbsdruck aus. Die Europäische Kommission verneinte ferner die Wahrscheinlichkeit eines zeitnahen und hinreichenden Markteintritts durch eine andere Fluggesellschaft. Im Rahmen einer Marktuntersuchung kam sie zu dem Schluss, dass ein Markteintritt auf innergriechischen Strecken mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden wäre, insbesondere wegen hoher Marketingkosten und des Erfordernisses, zunächst günstige Einführungspreise festzulegen. Zudem stellte die Europäische Kommission fest, dass sowohl die sinkende Nachfrage auf dem innergriechischen Markt wie auch die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der künftigen Marktentwicklung aufgrund der anhaltenden Wirtschaftskrise in Griechenland Marktzutrittshürden darstellten. Darüber hinaus würden die hohen Gebühren des Flughafens Athen dazu beitragen, dass Fluggesellschaften von einem Markteintritt abgeschreckt werden. Auch eine Befragung möglicher Wettbewerber durch die Europäische Kommission lieferte keine Hinweise auf einen hinreichend wahrscheinlichen Markteintritt. Die Europäische Kommission gelangte daher vorläufig zu dem Schluss, dass durch den Zusammenschluss auf elf Flugstrecken wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werden würde.

799. Nachdem die Anmelderin während des laufenden Verfahrens den Einwand der Sanierungsfusion erhoben hatte, untersuchte die Europäische Kommission deren Voraussetzungen. Zunächst prüfte die Europäische Kommission, ob Olympic aufgrund finanzieller Probleme aus dem Markt ausscheiden würde, wenn Aegean das Unternehmen nicht übernehmen würde. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission war Olympic seit der Übernahme durch die Muttergesellschaft Marfin im Jahr 2009 nicht rentabel. Zudem rechnete die Europäische Kommission damit, dass

---

[80] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 89 ff.

[81] Beide Entscheidungen ergingen bereits im Jahr 2013, wurden allerdings erst im aktuellen Berichtszeitraum veröffentlicht.

[82] EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Oktober 2013, M.6796 – Aegean/Olympic II.

[83] EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, M.5830 – Olympic/Aegean Airlines.

Olympic auch in den kommenden Jahren defizitär wäre, da es trotz Umstrukturierungen in den letzten Jahren seine Rentabilität nicht habe herstellen können. Eine weitere finanzielle Unterstützung durch die Muttergesellschaft Marfin sah die Europäische Kommission als unwahrscheinlich an, da diese wegen ihrer ebenfalls angespannten Finanzlage nicht in der Lage sein würde, künftig einen zusätzlichen Finanzbedarf von Olympic zu decken.

800. Die Europäische Kommission bejahte auch die zweite Voraussetzung des Sanierungseinwands, wonach es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerberalternative geben darf. Zur Begründung verwies sie auf die früheren erfolglosen Verkaufsversuche des griechischen Staates im Zuge der Privatisierung von Olympic. Zudem befragte die Europäische Kommission 20 Fluggesellschaften nach einem eventuellen Erwerbsinteresse. Lediglich eines der befragten Unternehmen bekundete grundsätzliches Interesse; dies erschien der Europäischen Kommission allerdings wegen seiner geringen Größe und Finanzkraft als ungeeignet. Daher kam sie zu dem Schluss, dass ausschließlich Aegean ein ernsthaftes Interesse an dem Erwerb von Olympic habe.

801. Auch die dritte Voraussetzung der Sanierungsfusion, das zwangsläufige Ausscheiden der Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt, sah die Europäische Kommission als erfüllt an. Die Marke, die den wesentlichen Teil des Vermögens von Olympic ausmache, würde zwar im Wesentlichen an den griechischen Staat als Eigentümer zurückfallen, der diese prinzipiell auch wieder verkaufen könne. Nach Auffassung der Europäischen Kommission war der Erwerb der Marke durch einen Wettbewerber jedoch mangels Kaufinteresse unwahrscheinlich. Aus den genannten Gründen gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen frei.

802. Mit Entscheidung vom September 2013 hat die Europäische Kommission die beabsichtigte Übernahme der Raffinerieanlagen von Shell durch das schwedische Unternehmen Nynas freigegeben.[84] Nynas ist ein weltweit tätiges Unternehmen für naphthenische Grund- und Prozessöle sowie Transformatorenöle, welches die Übernahme wesentlicher Teile der Raffinerieanlagen in Hamburg-Harburg von Shell beabsichtigte. Durch die angemeldete Transaktion sollten die Grundölproduktionsanlage und bestimmte Teile der Raffinerie als wesentliche Vermögenswerte der Raffinerie Harburg durch einen 25-jährigen Pachtvertrag mit Verkaufsoption für Shell und Kaufoption für Nynas und somit die dauerhafte Kontrolle über die Vermögenswerte der Raffinerie Harburg auf Nynas übergehen.

803. Von dem Zusammenschluss betroffen war im Wesentlichen der Markt für den Verkauf von naphthenischen Grund- und Prozessölen sowie Transformatorenölen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Nach dem Vollzug der Übernahme verbleibt das zusammengeschlossene Unternehmen Nynas als einziger Hersteller für naphthenische Grund- und Prozessöle im EWR und wird hier außerdem zum größten Hersteller von Transformatorenölen. Der einzige nennenswerte Wettbewerber ist das US-amerikanische Unternehmen Ergon, welches seit 2008 über Importe auf dem Markt tätig ist.

804. Wegen der hieraus resultierenden wettbewerblichen Bedenken leitete die Europäische Kommission daher das Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein, kam bei der anschließenden Prüfung jedoch zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss freizugeben sei. Bei ihrer wettbewerblichen Analyse untersuchte die Europäische Kommission die Wettbewerbsbedingungen infolge des Zusammenschlusses und verglich diese mit der voraussichtlichen Entwicklung der Verhältnisse ohne den Zusammenschluss („Counterfactual“). Sie berücksichtigte hierbei auch zukünftige Änderungen im Markt, die ohne den Zusammenschluss eintreten, wenn diese mit einiger Sicherheit erwartet werden können.

805. Im Rahmen dieser Prüfung untersuchte die Europäische Kommission, ob die Raffinerieanlagen ohne den Zusammenschluss in absehbarer Zeit geschlossen werden würden, ob es eine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative gebe und ob die betroffenen Vermögenswerte ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würden. Sie begründete dies damit, dass bei Vorliegen dieser drei Kriterien eine eintretende Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse nicht durch den Zusammenschluss verursacht wäre. Vielmehr würden sich die Wettbewerbsbedingungen dann auch ohne den Zusammenschluss mindesten in demselben Maße verschlechtern.

806. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission waren die vom Zusammenschluss betroffenen Vermögenswerte der Raffinerie Harburg in den letzten Jahren defizitär. Daneben würde die Betriebsfortführung durch die Shell

---

[84] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. September 2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery, Vgl. auch Tz. 824 in diesem Gutachten.

auch zukünftig zu erheblichen Verlusten führen, sodass eine Schließung des Standorts für Shell erheblich attraktiver erschien als die Weiterführung der Anlage. Hinzu kam eine öffentliche Absichtserklärung von Shell, den Geschäftsbereich für naphthenische Industrieöle aufzugeben und sich künftig stärker auf Explorations- und Produktionstätigkeiten sowie Grunderzeugnisse zu konzentrieren. Des Weiteren war es schon früher zu Stilllegungen von Teilen der Raffinerie Harburg gekommen. Diese Umstände überzeugten die Europäische Kommission davon, dass es ohne den Zusammenschluss zur Schließung der Anlage kommen würde.

807. Eine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative existierte nach Ansicht der Europäischen Kommission ebenfalls nicht. Verkaufsbemühungen der Shell insbesondere an das in den USA ansässige Unternehmen Ergon, welches in der Produktion von naphthenischen Grund- und Prozessölen tätig und derzeit der größte Konkurrent von Nynas im Europäischen Währungsraum (EWR) ist, seien in der Vergangenheit gescheitert. Ergon habe auf Anraten seines Aquisitionsanalyseteams beschlossen, das Projekt nicht weiter zu verfolgen, da der geschätzte Ertrag unterhalb der Rendite liege, den das Unternehmen für solche Investitionen als akzeptabel erachtete. Nach weiteren Verhandlungen, bei denen jedoch keine Einigung erzielt werden konnte, habe Ergon von dem Vorhaben endgültig Abstand genommen.

Die Europäische Kommission erwog in diesem Zusammenhang die Durchführung einer quantitativen Analyse der bestehenden Kaufanreize für Ergon im Vergleich zu den bestehenden Anreizen für Shell zum Verkauf der Vermögenswerte. Ziel dieser Analyse wäre es gewesen, die Wahrscheinlichkeit des Erwerbs der Vermögenswerte durch Ergon zu ermitteln, sofern die angemeldete Transaktion nicht zustande käme. Die Europäische Kommission sah allerdings letztlich von einer solchen Untersuchung ab, da über die Schlüsselparameter einer solchen Analyse Ungewissheit herrsche und eine hierauf gestützte Analyse letztlich sehr ungenau sei und sich somit nicht für eine zuverlässige Einschätzung darüber eigne, ob und unter welchen Bedingungen Ergon zum Kauf bereit wäre.

808. Shell hatte somit nach Ansicht der Europäischen Kommission ausreichende Informationen vorgelegt, um nachzuweisen, dass die Vermögenswerte der Raffinerie Harburg ohne den geplanten Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würden.

809. Die Europäische Kommission prüfte im weiteren Verlauf des Verfahrens die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses und verglich diese mit denen des hypothetischen Ausscheidens von Nynas aus dem Markt. Dabei konzentrierte sie sich insbesondere auf die im Markt vorhandenen Produktionskapazitäten und die Marktanteile der Anbieter. Durch die Schließung der Raffinerie Harburg bliebe Nynas in seinen Kapazitäten eingeschränkt, sodass das Unternehmen entweder auf die gewinnbringenderen Umsätze außerhalb des EWR verzichten oder sich auf teure Einfuhren stützen müsste, um sich weiterhin aggressiv am Wettbewerb innerhalb des EWR beteiligen zu können. Da dies ökonomisch unrentabel und somit unwahrscheinlich sei, komme es ohne die Transaktion zu einer nicht unerheblichen Verringerung der Lieferkapazitäten der betroffenen Produkte im EWR, was wahrscheinlich zu einem Preisanstieg führen würde. Ergon dagegen könne seine Kapazitäten zwar grundsätzlich erhöhen, halte nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission jedoch eine Ausweitung der Liefermengen in den EWR aufgrund der aktuellen Verhältnisse für nicht lukrativ. Insbesondere Transportkosten und Einfuhrzölle beschränkten die Profitabilität einer Ausweitung der Einfuhrmengen. Im Falle eines Preisanstiegs aufgrund einer Verringerung der Lieferkapazitäten im EWR dagegen würde Ergon seine Liefermengen wahrscheinlich erhöhen.

810. Hinsichtlich der künftigen Marktanteilsverteilung kam die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass Nynas bei Vollzug des Zusammenschlusses einen um ca. 10 bis 20 Prozent höheren Marktanteil von insgesamt ca. 70 Prozent halten würde. Ergon dagegen würde 20 bis 30 Prozent der Menge am Markt abdecken und die Wettbewerber Calumet und Petrochina jeweils nur ca. 0,5 Prozent. Im Falle einer Schließung der Raffinerie Harburg könnte Ergon hingegen aufgrund einer Importausweitung wahrscheinlich einen höheren Marktanteil erlangen als im Falle des Zusammenschlusses. Dies würde zwar zu einer ausgewogeneren Verteilung der Marktanteile und somit einer vermeintlichen Verbesserung der Wettbewerbssituation im Markt führen. Die Europäische Kommission betonte aber, dass die Analyse der Marktanteile im vorliegenden Fall keinen Aufschluss über die tatsächlichen Auswirkungen der Transaktion gebe. Denn ein größerer Marktanteil von Nynas, der auf eine Ausweitung von dessen Produktionskapazitäten zurückzuführen sei, würde Nynas konkurrenzfähiger gegenüber Ergon im Wettbewerb machen.

811. Dies begründete die Europäische Kommission damit, dass der geplante Zusammenschluss zu Kosteneinsparungen bei Nynas führe, indem teure Importe/Einkäufe für die eigene Produktion zur Deckung des Bedarfs im EWR hinfällig würden und Nynas betriebliche und produktionsbedingte Kosteneinsparungen durch die Ausweitung der eigenen Produktion verzeichnen könnte. Da die Effizienzvorteile nach Ansicht der Europäischen Kommission auch nicht mit anderen Mitteln erreicht werden könnten, seien diese als fusionsspezifisch anzusehen. Eine Weitergabe an die Verbraucher hielt die Europäische Kommission ebenfalls für wahrscheinlich, weil sie davon ausging, dass sich sinkende variable Kosten maßgeblich auf die Preisgestaltung auswirkten. Somit sei infolge der Fusion sogar mit einem Sinken der Preise zu rechnen.

812. Die beiden dargestellten Verfahren weisen enge Parallelen, aber auch Unterschiede auf. So prüfte die Europäische Kommission in beiden Fällen die Kriterien, die für eine Sanierungsfusion maßgeblich sind. In beiden Fällen lag außerdem ein Sachverhalt zugrunde, der eine mögliche Sanierungsfusion in Form einer „failing division defense" darstellte. Bei der „failing divison defense" betrifft der Sanierungseinwand nicht das Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit, sondern lediglich einen Teil dieses Unternehmens. Die Europäische Kommission erkennt diese Fallgruppe des Sanierungseinwands grundsätzlich an. Sie stellt allerdings besonders hohe Anforderungen an den Nachweis, dass die Kausalität zwischen Zusammenschluss und negativen Wettbewerbswirkungen entfällt. Sie hat dies damit begründet, dass andernfalls jeder Zusammenschluss, bei dem es um die Veräußerung eines angeblich unrentablen Geschäftsbereichs geht, mit einer Erklärung des Veräußerers fusionskontrollrechtlich gerechtfertigt werden könnte, andernfalls werde dieser Geschäftsbereich eingestellt.[85]

813. Unterschiedlich war allerdings das Vorgehen der Europäischen Kommission insofern, als sie in dem Verfahren Olympic/Aegean II auch formal eine Prüfung des Sanierungseinwands durchführte, während sie im Verfahren Nynas/Shell/Refinery Harburg die entsprechende Prüfung unter dem Gesichtspunkt des maßgeblichen „Counterfactual" vornahm. Dieses unterschiedliche Vorgehen hat mehrere Konsequenzen: Es wirkt sich zum einen auf die Beweislastverteilung zwischen Zusammenschlussparteien einerseits und Europäischer Kommission andererseits aus. Zum zweiten entfällt bei Vorliegen aller Voraussetzungen einer Sanierungsfusion die Kausalität zwischen geplantem Zusammenschluss und negativen Wettbewerbswirkungen. Eine Prüfung der Wettbewerbseffekte ist dann nicht mehr erforderlich. Hingegen kann bei Betrachtung eines Alternativszenarios im Übrigen die Kausalität des Zusammenschlusses für mögliche negative Wettbewerbswirkungen erhalten bleiben. In diesem Fall müssen deshalb wahrscheinliche negative Wettbewerbseffekte einerseits und Effizienzgewinne andererseits geprüft werden. Zudem können den Zusammenschlussparteien in einem solchen Fall Nebenbestimmungen auferlegt werden.

814. Unklar bleiben die Gründe für das unterschiedliche Vorgehen der Europäischen Kommission in den vorliegenden Fällen. Zwar hat sie im Verfahren Olympic/Aegean II festgestellt, dass auch die Muttergesellschaft Marfin unter finanziellen Problemen litt, während in dem Verfahren Nynas/Shell/Refinery Harburg mit Shell ein grundsätzlich solventer Veräußerer auftrat. Die Europäische Kommission hatte aber auch bislang nicht zur Voraussetzung einer „failing division defense" gemacht, dass die wirtschaftliche Einheit als solche sanierungsbedürftig sein müsse.[86]

815. Ein weiterer Unterschied betraf die rechtliche Organisation des sanierungsbedürftigen Unternehmensteils. Während Olympic ein rechtsfähiges Unternehmen darstellte, betraf der Erwerb von Vermögensteilen der Raffinerie Harburg einen nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Geschäftsbereich. Eine darauf basierende prinzipiell unterschiedliche Behandlung im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung sieht die Monopolkommission allerdings nicht als zielführend an, weil in beiden Fällen ein Marktaustritt des betreffenden Unternehmensteils aus ökonomischen Gründen unausweichlich sein kann.

816. Die Monopolkommission würde es aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßen, wenn die Europäische Kommission klare Kriterien für die Differenzierung der Prüfung der Kriterien einer Sanierungsfusion im Rahmen des Sanierungseinwands einerseits und im Rahmen des „Counterfactual" andererseits aufstellt. Entsprechendes gilt für die Veröffentlichung von Kriterien für den Sanierungseinwand bei einer „failing division defense", insbesondere im Hinblick

---

[85] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1998, M.993 – Bertelsmann/Kirch, Tz. 71.

[86] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1998, M.993 – Bertelsmann/Kirch, Tz. 69 ff.

auf die Voraussetzungen der Sanierungsbedürftigkeit des betroffenen Unternehmensteils und auf die der Sanierungsbedürftigkeit des Gesamtunternehmens.

2.3.2 Effizienzeinwand

2.3.2.1 Einführung

817. Im aktuellen Berichtszeitraum wurde der Effizienzeinwand erneut in einer Reihe von Verfahren erhoben. Effizienzgewinne sollen nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 dann bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens Berücksichtigung finden, wenn diese begründet und wahrscheinlich sind. Nach den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission ist hierfür erforderlich, dass Effizienzen nachprüfbar sowie kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind. Zusätzlich muss die Weitergabe der Effizienzen an die Verbraucher wahrscheinlich sein. Die drei genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen tragen laut Horizontal-Leitlinien die Zusammenschlussparteien.

818. Die Zusammenschlussparteien trugen Effizienzgesichtspunkte fast nur in Fällen vor, in denen die Hauptprüfphase eröffnet worden war. Dies war in den Verfahren Ineos/Solvay/JV, Hutchison 3G/Telefónica Ireland, Telefónica Deutschland/E-Plus und Orange/Jazztel der Fall. Hier ging die Europäische Kommission ausführlich auf die vorgetragenen Effizienzvorteile ein. Dies gilt auch für die Entscheidungen UPS/TNT Express und Nynas/Shell/Harburg Refinery, die zwar bereits im Jahr 2013 ergangen sind, allerdings erst während des Berichtszeitraums 2014/2015 veröffentlicht wurden.

819. In dem Verfahren Olympic/Aegean II, in dem ebenfalls bereits 2013 eine Entscheidung vorlag, die erst 2015 veröffentlicht wurde, fand der Effizienzeinwand hingegen nur kurz Erwähnung. Die Parteien hatten Einsparungen bei variablen und fixen Kosten sowie Effizienzgewinne aufgrund der Erweiterung des Flugnetzes vorgetragen. In einer vorläufigen Beurteilung bezweifelte die Europäische Kommission sowohl den Umfang der Einsparungen bei variablen Kosten wie auch die Weitergabe sonstiger Effizienzvorteile an die Verbraucher. Die Europäische Kommission ließ diese Fragen im Ergebnis offen. Da sie die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion bejahte, kam es ihrer Auffassung nach nicht mehr auf das Vorliegen von Effizienzvorteilen an.

820. In dem Zweite-Phase-Verfahren PRSfM/Stim/Gema/JV machten die beteiligten Unternehmen zwar Effizienzvorteile in Form einer verbesserten Urheberrechtsverwaltung und Dokumentationsverarbeitung sowie der Erleichterung des Lizenzierungsverfahrens, der Förderung kultureller Vielfalt, der Entwicklung neuer Online-Dienste sowie der Reduzierung von Transaktionskosten geltend.[87] Die Europäische Kommission äußerte sich hierzu jedoch nicht ausdrücklich in ihrer Entscheidung. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Zusammenschlussparteien auf eine detaillierte Darlegung der vorgetragenen Effizienzvorteile verzichtet hatten.

2.3.2.2 Anerkennung des Effizienzeinwands bei vertikalen Wettbewerbseffekten

821. Ausnahmsweise thematisierte die Europäische Kommission Effizienzen auch in einem Fall, der bereits in der ersten Prüfphase mit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen abgeschlossen wurde. In dem Verfahren Airbus/Safran/JV planten die Zusammenschlussbeteiligten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens für die Geschäftsfelder Trägerraketen, Satellitenteilsysteme und Flugkörperantrieb.[88] Die Europäische Kommission erhob auf mehreren Märkten Wettbewerbsbedenken wegen der Möglichkeiten und Anreize der Parteien, Abschottungsstrategien sowohl im Hinblick auf Einsatzmittel wie auch auf Kunden zu verfolgen, und gab die Transaktion nur unter Nebenbestimmungen frei. Im Bereich „prime contracting“ für Trägerraketen und Komponenten für Trägerraketen schloss die Europäische Kommission hingegen negative vertikale Effekte des Zusammenschlusses aus. Sie begründete dies unter anderem damit, dass das Gemeinschaftsunternehmen mit dem Ziel gegründet werde, Effizienzen zu generieren und Kosten zu senken. Denn mit dem Zusammenschluss entfalle die bisherige Notwendigkeit für Airbus, bei jedem Erwerb von Safrans Produkten eine Reihe von Tests durchzuführen, was Auswirkungen auf die Kosten habe. Die genannte Zielsetzung sei auch von der Europäischen Weltraumbehörde (ESA) bestätigt worden. Die Europäische Kommission bejahte im

---

[87] EU-Kommission, Entscheidung vom 16. Juni 2015, M.6800 – PRSfM/Stim/Gema/JV.

[88] EU-Kommission, Entscheidung vom 26. November 2014, M.7353 – Airbus/Safran/JV.

vorliegenden Fall das Vorliegen von Effizienzen unter Verzicht auf nähere Ausführungen zu deren quantitativem Umfang sowie zu den weiteren Voraussetzungen des Effizienzeinwands.

822. Die Annahme liegt nahe, dass die Europäische Kommission eine vertiefte Analyse möglicher Effizienzvorteile unterließ, weil eine Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Zusammenschlusses bereits aus anderen Gründen auszuschließen war. Einer dieser Gründe war die von der Europäischen Kommission festgestellte Fähigkeit der Europäischen Weltraumbehörde (ESA), jegliche Abschottung von Wettbewerbern des neuen Gemeinschaftsunternehmens zu unterbinden. Hierfür sprach nach Ansicht der Europäischen Kommission der Umstand, dass Airbus Zulieferer von Komponenten gemäß den Beschaffungsregeln der ESA auswählen muss. Außerdem habe die ESA laut ihren Best Practices weitreichende Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf den Auswahlprozess und verfüge über wichtige Vetorechte. Der vorliegende Fall zeigt erneut, dass die Europäische Kommission eher bereit ist, geltend gemachte Effizienzgewinne bei vertikalen Zusammenschlüssen als bei horizontalen Transaktionen anzuerkennen.[89] Bei einem Vergleich entsprechender Fusionskontrollentscheidungen wird deutlich, dass die Europäische Kommission im Zusammenhang mit vertikalen Wettbewerbseffekten geringere Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Voraussetzungen des Effizienzeinwands stellt, obwohl in den Nicht-Horizontal-Leitlinien auf die entsprechenden Vorgaben in den Horizontal-Leitlinien verwiesen wird.[90]

2.3.2.3 Anerkennung des Effizienzeinwands bei horizontalen Wettbewerbseffekten

823. In der weit überwiegenden Zahl der Zweite-Phase-Fälle sah die Europäische Kommission die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von geltend gemachten Effizienzen nicht als erfüllt an. Zum Teil verneinte sie schon die Nachprüfbarkeit der vorgetragenen Effizienzvorteile, zum Teil erkannte sie den geltend gemachten Umfang der Effizienzen nicht an. Vielfach verneinte die Europäische Kommission auch die Ursächlichkeit des konkreten Zusammenschlusses für die vorgebrachten Effizienzvorteile. In mehreren Entscheidungen wurde die Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher als unwahrscheinlich oder als zu geringfügig erachtet, um die negativen Wettbewerbswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auszugleichen. Nur in wenigen Fällen bejahte die Europäische Kommission das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des Effizienzeinwands. Dies betraf allerdings stets nur Teile der geltend gemachten Effizienzen und führte in der Regel nicht dazu, dass negative Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses vollständig ausgeglichen wurden. Lediglich in dem Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery haben die von der Europäischen Kommission anerkannten Effizienzen dazu beigetragen, dass der Zusammenschluss ohne Nebenbestimmungen freigegeben wurde. In dem Verfahren Orange/Jazztel führten die wahrscheinlichen Effizienzen zu einem geringeren Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen.

824. In dem Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery erteilte die Europäische Kommission nach vertiefter Prüfung der Transaktion am 2. September 2013 eine Freigabe ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO, die am 13. Oktober 2014 veröffentlicht wurde.[91] Der Zusammenschluss wirkte sich im Wesentlichen auf den Markt für den Verkauf von naphthenischen Grund- und Prozessölen sowie Transformatorenölen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) aus. Maßgeblich für die Freigabeentscheidung war zum einen der Umstand, dass der Zusammenschluss im Vergleich zum angenommenen Counterfactual keine stärkeren wettbewerbsbeschränkenden Folgen hatte. Zum anderen erkannte die Europäische Kommission gewisse von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Effizienzgewinne an.

825. Nynas hatte vorgetragen, dass es durch den Zusammenschluss Zugriff auf größere Produktionskapazitäten innerhalb des EWR erhalten und dadurch weniger abhängig von teureren und weniger verlässlichen Lieferquellen im außereuropäischen Raum würde. Daneben könne Nynas seine Produktionsstätten in einer Weise spezialisieren, die eine

---

[89] Vgl. schon die Entscheidungen der EU-Kommission vom 14. Mai 2008, M.4854 – TomTom/Teleatlas und vom 2. Juli 2008, M.4942 – Nokia/Navteq, hierzu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 755 ff.

[90] EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008/C 265/07 vom 18. Oktober 2008 (Nicht-Horizontal-Leitlinien), Tz. 53.

[91] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. September 2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery. Vgl. auch Tz. 802 in diesem Gutachten.

effizientere Nutzung von Rohöl erlaube, und somit die Beschaffungskosten senken. Dies würde es Nynas erlauben, seine Produkte im EWR künftig billiger anzubieten.

826. Die Europäische Kommission erkannte nur einen Teil der von Nynas geltend gemachten Effizienzgewinne an. Für nicht erwiesen hielt sie den Vortrag, wonach der Zusammenschluss eine effizientere Nutzung von Rohöl zulasse. Ferner habe Nynas nicht hinreichend dargelegt, inwiefern Unsicherheiten bei der Belieferung von Unternehmen mit Sitz außerhalb des EWR die Preisentscheidungen von Nynas beeinflussen würden. Die Möglichkeit von Kosteneinsparungen bezweifelte die Europäische Kommission ferner in Bezug auf einen Teil der Importe von Nynas.

827. Dagegen hielt die Europäische Kommission den Vortrag von Nynas für überzeugend, wonach mit dem Zusammenschluss nicht nur die jetzigen Kapazitäten der Raffinerie Harburg erhalten bleiben, sondern in Zukunft noch ausgebaut werden würden. Hierdurch könnten bedeutende Mengen in Eigenproduktion hergestellt werden, die andernfalls teurer am Spotmarkt erworben werden müssten. Bei einer Schließung der Raffinerie Harburg würde Nynas künftig wahrscheinlich einen großen Teil der früheren Shell-Kunden beliefern und seine Aktivitäten am Spotmarkt erheblich ausdehnen müssen. Die Kapazitätserweiterung innerhalb des EWR im Falle des Zusammenschlusses führe demgegenüber zu nachprüfbaren Kosteneinsparungen bei Nynas. Die Europäische Kommission bejahte des Weiteren die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für die erwarteten Kostensenkungen sowie die Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher. Für Letzteres sprach der Umstand, dass bei Schließung der Raffinerie Harburg die EWR-weite Nachfrage im Wesentlichen durch Importe oder mittels Reduzierung von Verkäufen an Abnehmer außerhalb des EWR gedeckt werden könnte. Beide Strategien seien mit erheblichen Kosten verbunden, die Nynas wahrscheinlich bei seinem künftigen Preissetzungsverhalten berücksichtigen würde. Zudem wären ohne den Zusammenschluss die Anreize von Nynas, seinen EWR-weiten Absatz zu steigern und in aggressiven Wettbewerb innerhalb des EWR zu treten, begrenzt. Dies träfe insbesondere die derzeitigen Shell-Kunden, die sich nach Schließung der Raffinerie Harburg neue Lieferanten suchen müssten. Im Fall des Zusammenschlusses hätte Nynas hingegen die Fähigkeit und sehr wahrscheinlich auch den Anreiz, seine Einsparungen bei den variablen Kosten an die Verbraucher weiterzugeben.

828. Der Zusammenschluss Orange/Jazztel wirkte sich auf verschiedenen Telekommunikationsmärkten in Spanien aus.[92] Die Europäische Kommission befürchtete negative Wettbewerbseffekte auf dem Markt für den Internetzugang über das Festnetz und gab das Vorhaben am 19. Mai 2015 nur unter Nebenbedingungen frei. Die beteiligten Unternehmen hatten im Verfahren verschiedene Effizienzvorteile geltend gemacht: eine bessere Abdeckung des Glasfasernetzes, ein verbessertes Angebot bei Quadruple-Play-Paketen (Angebot eines Leistungsbündels an die Endkunden, bestehend aus Festnetztelefonie, Festnetz-Internetzugang, Mobilfunk- und Fernsehleistungen), die Einsparung von Zugangskosten bei xDSL-Diensten sowie den Wegfall des doppelten Gewinnaufschlags bei den von Orange für Jazztel erbrachten Mobilfunkdiensten. Nur bezüglich des letzten Aspekts erkannte die Europäische Kommission den Effizienzeinwand an, hielt die erzielbaren Vorteile aber für zu gering, um dadurch die negativen Wirkungen des Zusammenschlusses umfassend auszugleichen.

829. Nach Ansicht der Europäischen Kommission haben die Zusammenschlussbeteiligten die Effizienzen im Zusammenhang mit dem umfassenderen Ausbau des Glasfasernetzes nicht hinreichend dargelegt. Insbesondere bemängelte die Europäische Kommission das Fehlen interner Dokumente von Orange, in denen die entsprechenden Vorteile des Zusammenschlusses prognostiziert worden seien. Der Ausbau des Glasfasernetzes sei ferner nicht durch den Zusammenschluss bedingt, weil die geltend gemachten Vorteile auch durch Kooperationen bei der Netzentwicklung erreichbar gewesen seien.

830. Bezüglich der vorgetragenen Verbesserung von Quadruple-Play-Paketen sei es den beteiligten Unternehmen nicht gelungen nachprüfbar darzulegen, dass sie aufgrund des verbesserten Angebots eine erhöhte Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt erreichen und dies durch den Zusammenschluss bedingt sei. Soweit die Parteien argumentierten, sie würden aufgrund des Ausbaus des Glasfasernetzes künftig die Gebühren für den xDSL-Zugang über das Kupfernetz einsparen und daher niedrigere Grenzkosten aufweisen, kritisierte die Europäische Kommission das Fehlen jeglicher detaillierter Informationen.

---

[92] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2015, M7421 – Orange/Jazztel. Vgl. auch Tz. 825, 896, 902 ff. in diesem Gutachten.

831. Dagegen erfüllten die Unternehmen die Anforderungen der Europäischen Kommission an die Darlegung des Effizienzeinwands im Hinblick auf den vorgetragenen Wegfall des doppelten Gewinnaufschlags bei den von Orange für Jazztel erbrachten Mobilfunkdiensten. Die Parteien hatten geltend gemacht, dass künftig der Großhandelsaufschlag, den Jazztel vor dem Zusammenschluss als virtueller Mobilfunkanbieter (Mobile Virtual Network Operator, MVNO) für den Zugang zum Netz von Orange entrichten musste, mit Vollzug des Zusammenschlusses entfiele. Die Europäische Kommission bewertete diese Effizienzvorteile zwar als unzureichend, um die wettbewerbsschädigenden Auswirkungen der Transaktion vollständig auszugleichen, berücksichtigte sie jedoch beim Umfang der Abhilfemaßnahmen.

832. In den zwei genannten Fällen sah die Europäische Kommission zwar alle Voraussetzungen des Effizienzeinwands – Nachprüfbarkeit, fusionsspezifische Vorteile sowie Weitergabe von Vorteilen an die Verbraucher – als erfüllt an. Allerdings verbleibt eine gewisse Unsicherheit darüber, welches Gewicht dem Effizienzeinwand für die Entscheidungen der Europäischen Kommission tatsächlich zukam. So machte die Europäische Kommission in der Entscheidungsbegründung zu Nynas/Shell/Harburg Refinery detaillierte Ausführungen zu dem zugrunde zu legenden Alternativszenarios („Counterfactual“) und ging im Ergebnis davon aus, dass der Zusammenschluss vor diesem Hintergrund nicht zu negativeren Auswirkungen führen würde. Zudem enthält die Entscheidung Orange/Jazztel keinen Hinweis darauf, welchen konkreten Inhalt die auferlegten Abhilfemaßnahmen gehabt hätten, wenn die betreffenden Effizienzgewinne nicht in Rechnung gestellt worden wären.

2.3.2.4 Neuaufteilung der Produktion kein anerkannter Effizienzeinwand

833. Am 8. Mai 2014 genehmigte die Europäische Kommission die Zusammenführung der europäischen Chlorvinyl-Geschäfte von Ineos und Solvay in einem neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen unter Nebenbestimmungen.[93] Der Zusammenschluss hätte nach Ansicht der Europäischen Kommission auf dem Markt für handelsübliches Suspensions-Polyvinylchlorid (S-PVC) in Nordwesteuropa und auf dem Markt für Bleichlauge in den Benelux-Ländern zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen geführt. Die von den Zusammenschlussparteien vorgetragenen Effizienzgewinne erfüllten nach Auffassung der Europäischen Kommission zum Teil die erforderlichen Kriterien nicht. Im Übrigen seien die anzuerkennenden Effizienzen zu gering, um die prognostizierten Preissteigerungen auszugleichen. Durch die Verpflichtung, bestimmte S-PVC-Werke und damit verbundene Vermögenswerte zu veräußern, konnten die Wettbewerbsbedenken ausgeräumt werden.

834. Die Parteien hatten angeführt, dass die geplante Transaktion unter anderem zur Senkung variabler Kosten in den Bereichen Beschaffung und Transport führen würde. Bezüglich der Beschaffungskosten sah die Europäische Kommission die vorgetragenen Effizienzen jedoch weder als fusionsspezifisch noch als nachprüfbar an. Bei einem Teil der geltend gemachten Transportkosten bejahte sie zwar das Vorliegen sämtlicher Kriterien der Horizontal-Leitlinien. Die entsprechenden Effizienzgewinne hielt sie allerdings nicht für ausreichend, um den zu erwartenden Preisanstieg infolge des Zusammenschlusses ausgleichen zu können.

835. Im Hinblick auf weitere geltend gemachte Kostensenkungspotenziale beim Transport lehnte die Europäische Kommission eine Anerkennung als Effizienzen im Sinn der Horizontal-Leitlinien grundsätzlich ab. Hiervon betroffen waren Kostensenkungspotenziale aufgrund einer beabsichtigten Neuaufteilung der Produktion zwischen den verschiedenen Werken der Zusammenschlussparteien. Die Parteien hatten argumentiert, dass mit einer solchen Neuaufteilung die Transportwege zu den Kunden minimiert und somit Transportkosten vermieden werden könnten. Maßgeblich für die Bewertung der Europäischen Kommission war, dass die Kostenunterschiede, die aus den unterschiedlich langen Transportwegen resultieren, schon vor dem Zusammenschluss bestanden. Mit dem Zusammenschluss würden sich die Auswahlmöglichkeiten für die Abnehmer insoweit nicht verändern. Denn diese hätten die Produkte schon im Vorfeld bei dem Hersteller erwerben können, der die niedrigsten Transportkosten aufweist. Die Europäische Kommission äußerte daher Zweifel daran, dass die Preise für Produkte aus der jeweils nächstgelegenen Produktionsstätte gesenkt und somit die Vorteile aus dem Zusammenschluss an die Konsumenten im relevanten Markt weitergegeben werden würden. Gegen eine Senkung der Preise spreche zudem, dass nach Einrichtung des Gemeinschaftsunternehmens der

---

[93] EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Mai 2014, M.6905 – Ineos/Solvay/JV. Vgl. auch Tz. 861, 873 ff. in diesem Gutachten.

Wettbewerbsdruck durch einen großen Konkurrenten entfalle. Dagegen ergäben sich Effizienzen im Sinne der Horizontal-Leitlinien nur, wenn die geplante Transaktion zur Senkung von Kosten oder Kostenbestandteilen gegenüber der Situation vor dem Zusammenschluss führe, z. B. durch Skaleneffekte.

836. Diese Bewertung der Europäischen Kommission ist nach Auffassung der Monopolkommission nachvollziehbar. Einzelne Unternehmen weisen vor einem Zusammenschluss regelmäßig unterschiedlich hohe Kosten auf. Dass die Gesamtkosten sinken, wenn die Produktion hin zum kostengünstigeren Unternehmen verlagert wird, liegt zwar auf der Hand. Eine solche Verlagerung könnte indes auch aus dem Wettbewerbsdruck zwischen den verschiedenen Anbietern am Markt folgen und ist daher nicht ausschließlich durch eine Fusion der Unternehmen zu erreichen. Denn die Abnehmer haben im Vorfeld die Auswahl zwischen den unterschiedlich effizienten Unternehmen. Vielmehr entfällt gerade durch eine Fusion der Wettbewerbsdruck und somit der Anreiz zur Preissenkung und zur weiteren Kostensenkung. Effizienzvorteile sollten aus diesem Grund nur dann anerkannt werden, wenn es sich um tatsächliche Synergien handelt, die aus einem Zusammenschluss resultieren und nicht nur um Rationalisierungsmaßnahmen in Form einer Produktionsreallokation.

2.3.2.5 Mangelnde Fusionsspezifizität

837. Die Übernahme des Mobilfunkgeschäfts von Telefónica Ireland durch Hutchison 3G (H3G) genehmigte die Europäische Kommission am 28. Mai 2014 unter Bedingungen und Auflagen.[94] In der ursprünglich angemeldeten Form hätte der Zusammenschluss nach Einschätzung der Europäischen Kommission zum Wegfall einer wichtigen Wettbewerbskraft auf dem irischen Mobilfunkmarkt geführt. Die von H3G angebotenen Verpflichtungszusagen hielten die Europäische Kommission für ausreichend, um den Eintritt neuer Wettbewerber auf dem Mobilfunkmarkt in Irland zu ermöglichen und somit ihren Wettbewerbsbedenken zu begegnen.

838. Die von den Zusammenschlussbeteiligten vorgetragenen Effizienzgewinne waren dagegen nicht geeignet, die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen. Nach dem Vortrag der Parteien hätte der Zusammenschluss zu verschiedenen Effizienzvorteilen geführt. Zum einen würden Skaleneffekte realisiert, woraus Kosteneinsparungen und Steuervorteile resultierten, die höhere Investitionen in das Netz und die Servicequalität erlaubten. Hierdurch sei das neue Unternehmen in der Lage, eine aggressivere Preispolitik auf dem Markt zu verfolgen. Zum anderen werde durch den Zusammenschluss die Verbreitung der LTE-Technologie schneller sowie für eine breitere Bevölkerungsschicht ermöglicht. Schließlich sollten durch die geplante Transaktion Breitbandverbindungen in nur gering besiedelten Gegenden Irlands aufrechterhalten werden können, was ansonsten nicht oder nur unter Inkaufnahme von Preissteigerungen möglich sei.

839. Die geltend gemachten Skaleneffekte bewertete die Europäische Kommission zu einem gewissen Teil als nachprüfbar, verneinte jedoch die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für das Auftreten von Effizienzen und bezweifelte die Weitergabe von Vorteilen an die Verbraucher.

840. Soweit die Zusammenschlussparteien steuerliche Erwägungen vorgetragen hatten, lehnte die Europäische Kommission eine Anerkennung als Effizienzvorteil im Sinne der FKVO ab. Zum einen sei die Europäische Kommission ohne detaillierte Analyse der Steuersituation des neuen Unternehmens nicht in der Lage zu beurteilen, ob es künftig insgesamt zu einem Anstieg oder einer Senkung der Steuerpflichten des neuen Unternehmens komme. Zum zweiten seien die vorgebrachten Steuervorteile nicht dazu geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der Industrie zu verbessern oder das Marktwachstum oder den Lebensstandard innerhalb der Union zu erhöhen.

841. Die Europäische Kommission betonte außerdem, dass die dargelegten netzwerkspezifischen Kostenersparnisse nicht ursächlich auf den geplanten Zusammenschluss zurückzuführen seien, da es alternative Möglichkeiten der Kooperation gebe, die zu vergleichbaren Effizienzvorteilen führen würden. Die Europäische Kommission verwies in diesem Zusammenhang auf die seit 2011 bzw. 2012 bestehenden Vereinbarungen zur gemeinsamen Netznutzung zwischen O2 und Eircom einerseits und H3G und Vodafone andererseits und bemängelte, dass die Fusionsparteien die

---

94 EU-Kommission, Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 861, 863 ff., 878 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

daraus resultierenden Effizienzen nur insoweit in Rechnung gestellt hätten, als diese sich zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens bereits realisiert hätten. Die Europäische Kommission legte ihrer wettbewerblichen Beurteilung ein Alternativszenario zugrunde, nämlich die Situation, in der die Vereinbarungen voll implementiert gewesen und weitere Effizienzen erbracht hätten. Zudem ging sie davon aus, dass die beiden genannten Vereinbarungen nach Durchführung des geplanten Zusammenschlusses beendet werden würden und damit die mit den Vereinbarungen einhergehenden Effizienzgewinne verloren gingen. Die Parteien hätten bei ihrer Argumentation unberücksichtigt gelassen, dass der geplante Zusammenschluss Effizienzgewinne lediglich aufgrund der Integration zu einem Netzwerk hervorbringen würde, die genannten Vereinbarungen aber zur Integration von zwei Netzen geführt hätten. Unbeachtet geblieben seien außerdem die Effizienzgewinne, die bei Eircom und Vodafone aufgrund der Netzwerk-Sharing-Vereinbarungen entstanden wären. Bei Betrachtung der zu erwartenden Effizienzen mit und ohne den Zusammenschluss kam die Europäische Kommission daher zu dem Schluss, dass die Kosteneinsparungen aufgrund der zwei Vereinbarungen zur gemeinsamen Netznutzung mindestens einen vergleichbaren Umfang wie die fusionsspezifischen Effizienzvorteile erreichen würden. Schließlich bezweifelte die Europäische Kommission die Überwälzung bestehender Vorteile bezüglich der vorgetragenen Skalenvorteile an die Konsumenten, da es sich um Einsparungen bei Fixkosten handele, welche regelmäßig nicht umfassend weitergegeben würden.

842. Effizienzvorteile im Hinblick auf eine bessere Verbreitung von LTE lehnte die Europäische Kommission ebenfalls ab, weil nach ihrer Einschätzung ohne den Zusammenschluss ein entsprechendes Netzwerk durch Telefónica und Eircom im Rahmen ihrer Netznutzungsvereinbarung errichtet worden wäre. Aufgrund des Zusammenschlusses sei zudem mit einem langsameren Netzaufbau vonseiten Eircom´s zu rechnen. Des Weiteren erachtete die Europäische Kommission die Berechnungen der Zusammenschlussparteien im Hinblick auf die Höhe der erzielbaren Effizienzgewinne für nicht nachvollziehbar. Die Beteiligten hätten die Vorteile für die Verbraucher zunächst deshalb überschätzt, weil sie den Aufbau von LTE-Netzwerken durch konkurrierende Anbieter, insbesondere Vodafone, unberücksichtigt gelassen hätten. Ferner hätten sie den Zusatznutzen für jeden einzelnen Verbraucher, der aus der Nutzung eines LTE-Netzes resultiert, zu hoch angesetzt.

843. Schließlich befand die Europäische Kommission die kurzfristig erzielbaren Effizienzvorteile im Hinblick auf die Versorgung nur gering besiedelter Gebiete mit LTE für zu gering, um die durch den Zusammenschluss entstehende Wettbewerbsverschlechterung ausgleichen zu können.

844. Am 2. Juli 2014 gab die Europäische Kommission einen weiteren Zusammenschluss in der Telekom-munikationsbranche, die Übernahme von E-Plus durch Telefónica Deutschland, unter Nebenbestimmungen frei.[95] Nach Auffassung der Europäischen Kommission wären durch den ursprünglich angemeldeten Zusammenschluss zwei enge Wettbewerber und wichtige Wettbewerbskräfte aus den relevanten Märkten ausgetreten, was zu Nachteilen für die Verbraucher geführt hätte.

845. Die beteiligten Unternehmen machten im Hinblick auf die Einzelhandelsebene für Mobilfunkdienstleistungen fünf Arten von Effizienzen geltend: erstens Qualitätsverbesserungen und Kosteneinsparungen im Hinblick auf die Mobilfunknetze, zweitens eine höhere Filialdichte und sonstige Qualitätssteigerungen, drittens Kosteneinsparungen in den Bereichen Vertrieb sowie IT- und sonstige administrative Kosten, viertens zusätzliche Geschäftsmöglichkeiten sowie fünftens geringere Mobilfunk-Terminierungsentgelte. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist es den beteiligten Unternehmen teilweise nicht gelungen, die geltend gemachten Effizienzgewinne nachprüfbar darzulegen. Zudem seien einige Effizienzvorteile nicht fusionsspezifisch und/oder kämen nicht den Verbrauchern zugute.

846. In Bezug auf Effizienzen hinsichtlich des Mobilfunknetzes unterschieden die Zusammenschlussparteien zwischen nachfrageseitigen und angebotsseitigen Vorteilen. Erstere betrafen hauptsächlich die geltend gemachte Qualitätsverbesserungen, die den Verbrauchern direkt zugute kommen würden. Insbesondere beim Angebot des 4G-Netzes würden die Konsumenten durch ein schnelleres und flächendeckenderes Netzwerk profitieren, da sich Reichweiten und Kapazitäten der Netze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen addieren würden. Selbst preissensible Konsumenten würden der Qualität des Netzwerks einen Wert beimessen und somit von dem geplanten Zusammenschluss

---

[95] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus; vgl. hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 73, Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Baden-Baden 2016, Tz. 112 ff. Vgl. auch Tz. 861, 863 ff., 878 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

profitieren. Angebotsseitige Effizienzen bezogen sich nach Einschätzung der beteiligten Unternehmen auf Kostenersparnisse, die von den Parteien im Zuge des Zusammenschlusses an die Verbraucher weitergegeben werden würden.

847. Die Europäische Kommission hielt die geltend gemachten Qualitätsverbesserungen nur in geringem Umfang für ausreichend nachgewiesen. Jedenfalls fehlte es ihrer Auffassung nach an einer hinreichenden Quantifizierung, da die von den Parteien vorgelegten Studien aufgrund methodischer Mängel keine verlässlichen Rückschlüsse auf den Umfang der Effizienzen zuließen. Ferner würde selbst bei hinreichender Nachprüfbarkeit und Quantifizierung jedenfalls ein Teil der geltend gemachten Effizienzen durch einen Anstieg der Preise im Zuge des Zusammenschlusses wieder zunichte gemacht werden. Darüber hinaus seien die vorgetragenen Qualitätsvorteile größtenteils nicht fusionsspezifisch, da sie auch durch weniger wettbewerbsschädliche Kooperationen bei der Netznutzung herbeigeführt werden könnten. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass der Abschluss derartiger Netz-Sharing-Vereinbarungen zu vergleichbaren Effizienzen führen würde und eine realistische und praktikable Alternative zu dem geplanten Zusammenschluss dargestellt hätten. Für Letzteres sprach nach Einschätzung der Europäischen Kommission unter anderem, dass weder Asymmetrien beim verfügbaren Spektrum möglicher Kooperationspartner noch regulatorische Vorgaben den Abschluss entsprechender Vereinbarungen behinderten.

848. Auch in Bezug auf die vorgetragenen angebotsseitigen Effizienzen, die Kostensenkungspotenziale in Bezug auf das Mobilfunknetz, vermisste die Europäische Kommission eine substanziierte Quantifizierung. Zwar räumte sie ein, dass die inkrementellen Kosten nach dem Zusammenschluss wahrscheinlich niedriger als in einem „stand-alone“-Szenario liegen würden. Allerdings hätten die Parteien den Umfang möglicher Einsparungen nicht hinreichend identifiziert. Im Übrigen verneinte sie wegen der Möglichkeit, im Wege von Netz-Nutzungsvereinbarungen vergleichbare Kostensenkungen zu erzielen, auch die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für die geltend gemachten Effizienzen mit Netzbezug. Daneben hielt sie eine Weitergabe von möglichen Vorteilen an die Verbraucher für unwahrscheinlich, weil im Wesentlichen Fixkosten betroffen seien, die sich generell weniger auf die Preissetzung auswirkten.

849. Im Hinblick auf das Filialnetz hatten die Zusammenschlussparteien ebenfalls Qualitätsverbesserungen sowie Kosteneinsparpotenziale geltend gemacht. Bezüglich möglicher Qualitätsverbesserungen in Form einer höheren Filialdichte und verbesserter Serviceleistungen wies die Europäische Kommission zum einen auf die zunehmende Bedeutung von Online-Shops, zum anderen auf die unzureichende Quantifizierung der Vorteile hin. Sie hielt es außerdem aufgrund der geplanten Schließung von „doppelten“ Filialen von Telefónica und E-Plus für möglich, dass Verbraucher sogar Nachteile durch den Zusammenschluss erleiden würden. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls vorgetragenen Kosteneinsparungen erkannte die Europäische Kommission ebenfalls nicht als Effizienzen an, da sie zum Teil nicht berücksichtigungsfähige Fixkosten betrafen und die Einsparungen bei inkrementellen Kosten nicht hinreichend quantifiziert worden seien.

850. Bei den Effizienzvorteilen im Hinblick auf IT- und sonstige Verwaltungskosten ging nach Ansicht der Europäischen Kommission aus den bereitgestellten Dokumenten nicht hervor, wie sich derartige Einsparungen bei den Fixkosten auf die Preisbildung auswirken sollten. Selbst wenn Effizienzen teilweise an die Verbraucher weitergegeben würden, hätten die Parteien nicht den Nachweis erbracht, dass diese nachprüfbar und fusionsspezifisch seien. Die zusätzlichen Geschäftsmöglichkeiten, die sich aus dem Zusammenschluss ergeben sollen, basierten nach Einschätzung der Europäischen Kommission auf den bereits von den Parteien vorgetragenen Verbesserungen der Netzqualität und des Kundenservices. Insoweit verwies sie auf ihre hierzu geäußerten Zweifel hinsichtlich der drei Kriterien des Effizienzeinwands. Die fehlende Ursächlichkeit des Zusammenschlusses begründete sie dabei insbesondere mit der Möglichkeit von E-Plus, das VDSL-Netz der Deutschen Telekom auf Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zu nutzen. Daneben verneinte sie das Vorliegen von berücksichtigungsfähigen Effizienzvorteilen im Hinblick auf die Mobilfunk-Terminierungsentgelte, da diese nicht verifizierbar, zusammenschlussspezifisch und zum Vorteil für die Verbraucher seien.

851. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission in den beiden dargestellten Telekommunikationsfällen, das Kriterium der Fusionsspezifizität unter Berücksichtigung des wahrscheinlichen Alternativszenarios („Counterfactual“) weiterzuentwickeln. Die Zusammenschlussparteien hatten in beiden Verfahren Effizienzvorteile beim Netzausbau geltend gemacht. Die Europäische Kommission lehnte eine Anerkennung ab, weil ver-

gleichbare Vorteile auch auf weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Weise, nämlich im Wege von Kooperationsabkommen, erreichbar seien. Die Europäische Kommission stellte ferner fest, dass bei der Beurteilung der Effizienzvorteile, die einerseits aufgrund des Zusammenschlusses und andererseits aufgrund eines oder mehrerer Kooperationsabkommen entstünden, derselbe Zeitraum zu betrachten ist. Daher legte sie ihrer Alternativbetrachtung im Verfahren Hutchison 3G/Telefónica Ireland den Zeitpunkt der vollen Implementation der beiden bestehenden Kooperationsabkommen sowie die zu diesem Zeitpunkt resultierenden Effizienzvorteile zugrunde. Zudem stellte sie in Rechnung, dass mit dem Zusammenschluss die zwei bestehenden Kooperationsabkommen zwischen den Zusammenschlussparteien und ihren Wettbewerbern wahrscheinlich beendet werden und diesbezügliche Effizienzgewinne entfallen würden. Die Monopolkommission begrüßt außerdem das differenzierte Vorgehen der Europäischen Kommission, die in jedem Einzelfall die Möglichkeit und Üblichkeit derartiger Kooperationsabkommen prüft. Während die Europäische Kommission für die Telekommunikationsbranche zu Recht beide Voraussetzungen bejahte, kam sie z. B. in dem Verfahren UPS/TNT Express für den Postsektor zu einem gegenteiligen Ergebnis.

2.3.2.6 Quantifizierung des Effizienzeinwands

852. Nachdem die Europäische Kommission im letzten Berichtszeitraum in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext[96] erstmalig quantitative Methoden zur Ermittlung von geltend gemachten Effizienzen herangezogen hatte, griff sie in dem Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus erneut auf quantitative Analysen zurück.[97] Dies traf auch für das Verfahren UPS/TNT Express zu. Der Zusammenschluss wurde zwar bereits im letzten Berichtszeitraum untersagt, die Entscheidung wurde jedoch erst im Mai 2015 veröffentlicht.[98]

853. Der Zusammenschluss UPS/TNT Express betraf die im internationalen Logistikgeschäft tätigen Unternehmen UPS und TNT Express, welche als sogenannte Integratoren die vollständige logistische Kontrolle über den Paketversand ausüben. Auf den nationalen Märkten für internationale, innerhalb des EWR tätige Express-Kleinpaketzustelldienste hätte die Übernahme nach Ansicht der Europäischen Kommission in fünfzehn Mitgliedstaaten zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse geführt. Zur Begründung führte die Europäische Kommission aus, dass nach dem Zusammenschluss meist nur DHL als einziger Konkurrent neben den zusammengeschlossenen Parteien verbliebe. Außerdem zeigten die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten Preiskonzentrationsanalyse, dass durch den Zusammenschluss ein Anstieg der Preise zu erwarten sei.

854. Auch die von den Parteien vorgetragenen Effizienzen waren nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht dazu geeignet, die bestehenden Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. UPS argumentierte, dass aufgrund des Zusammenschlusses Effizienzvorteile durch die Kombination der sich ergänzenden Netze sowie durch eine verbesserte Dienstleistungsqualität entstehen würden. Da der Großteil der Einsparungen variable Kosten betreffe, würden die Effizienzvorteile an die Kunden weitergegeben. Diese Vorteile seien auch fusionsspezifisch, da sie nur durch die vollständige Integration der Netze erzielt werden könnten. Interne Dokumente der Parteien, welche Schätzungen der Höhe der Effizienzgewinne im operativen Bereich, beim Luftnetz sowie bei Management- und Verwaltungskosten enthielten und diese konkret bezifferten, sollten dies belegen.

855. Die Europäische Kommission sah die genannten Effizienzvorteile zwar grundsätzlich als fusionsspezifisch an, da auf den betroffenen Märkten keine vergleichbar umfassenden Kooperationsabkommen existierten. Sie bejahte jedoch nur eingeschränkt die Überprüfbarkeit der dargelegten Kosteneinsparungen und berücksichtigte die geltend gemachten Effizienzgewinne deshalb nur im Hinblick auf das europäische Luftnetz und den damit verbundenen Bereich der Bodenabfertigung. Dabei betonte die Europäische Kommission, dass variable Kosten im Gegensatz zu Fixkosten eher bei der Preisbildung Berücksichtigung fänden, weshalb eine Weitergabe an die Verbraucher wahrscheinlicher sei. In ihrer Analyse quantifizierte sie die zu berücksichtigenden Effizienzgewinne und schätzte die wahrscheinlichen Preissenkungen für die Verbraucher. Diese Effizienzen stellte sie den zu erwartenden Preissteigerungen, die durch den Zusammenschluss wahrscheinlich hervorgerufen werden würden, gegenüber. In einer Reihe der untersuchten nationalen

---

[96] EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 721 ff.

[97] Siehe hierzu Abschnitt 2.3.3.5 in diesem Gutachten.

[98] EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570 – UPS/TNT Express.

Märkte kam sie zu dem Ergebnis, dass der prognostizierte Preisanstieg nicht durch eine zu erwartende Preissenkung aufgrund von Effizienzvorteilen ausgeglichen werden würde. Nach Ansicht der Europäischen Kommission waren die zu berücksichtigenden Effizienzvorteile deshalb nicht ausreichend, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen.

856. Von besonderem Interesse im vorliegenden Fall ist der Umstand, dass die Europäische Kommission die Ergebnisse ihrer quantitativen Analysen nicht immer für ausschlaggebend hielt. Auf einigen nationalen Märkten, z. B. in Dänemark und Ungarn, legten die quantitativen Analysen zwar eine Preissenkungstendenz nahe. Die Europäische Kommission hielt wegen der Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten, insbesondere des beschränkten Leistungsangebots und der geringen geografischen Abdeckung des Konkurrenten FedEx, im Ergebnis aber auch insofern eine Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des geplanten Zusammenschlusses für wahrscheinlich.

2.3.2.7 Zeitrahmen und Beweislast

857. Die Europäische Kommission äußerte sich in einer Reihe der genannten Verfahren weitergehend zu dem Zeitraum, den sie ihrer Effizienzbetrachtung zugrunde legte. In dem Verfahren UPS/TNT Express berücksichtigte sie lediglich Effizienzvorteile, die sich ihrer Ansicht nach in einem Zeitraum von drei Jahren einstellen würden. Vorteile, die erst danach auftreten würden, könnten dagegen nicht umfassend berücksichtigt werden. Zum einen seien sie nicht dazu geeignet, die unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbundenen Nachteile zeitnah auszugleichen. Zum zweiten sei ihr tatsächliches Eintreten aufgrund des weiten Zeithorizonts meist nicht hinreichend sicher. Mit diesem Vorgehen folgte die Europäische Kommission den Horizontal-Leitlinien, wonach Effizienzvorteilen umso weniger Gewicht eingeräumt werden kann, je weiter deren Erbringung in die Zukunft projiziert wird.[99] Deshalb müssen sich die Effizienzvorteile innerhalb eines überschaubaren Zeitraums einstellen, damit sie als ausgleichender Faktor gewürdigt werden können.

858. Im Zusammenhang mit den geltend gemachten Skaleneffekten im Fall Hutchison 3G/Telefónica Ireland äußerte sich die Europäische Kommission erneut zu dem Zeitraum, in dem Effizienzen eintreten müssen, um von ihr berücksichtigt zu werden. Dem Vortrag der Zusammenschlussparteien, wonach sämtliche, auch in fernerer Zukunft aufgrund des Zusammenschlusses eintretende Effizienzvorteile in Rechnung gestellt werden sollten, hielt die Europäische Kommission entgegen, dass die wahrscheinliche Wettbewerbsbeeinträchtigung und die zu erwartenden Effizienzvorteile auf Grundlage desselben Zeitrahmens beurteilt werden müssten. Hier legte die Europäische Kommission den Maßstab bei zwei bis vier Jahren an. Zudem sei es nicht angemessen, der Beurteilung von wahrscheinlichen Effizienzen einen unbegrenzten Zeitraum zugrunde zu legen, da die Voraussage künftiger Marktverhältnisse immer spekulativer werde, je länger der betrachtete Zeitraum sei. Zugunsten der Zusammenschlussparteien berücksichtigte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall allerdings den Umstand, dass sich die geltend gemachten jährlichen Effizienzen erst im Jahr 2017 vollständig realisieren würden. In den Jahren zuvor sei mit erheblichen Integrationskosten zu rechnen, die den Effizienzgewinnen gegenüberzustellen seien. Sie legte deshalb ihrer Beurteilung die für das Jahr 2017 erwarteten Effizienzgewinne zugrunde.

859. In einer Reihe von Entscheidungen erläuterte die Europäische Kommission darüber hinaus Fragen der Beweislast in Bezug auf Effizienzgewinne. Sie bekräftigte ihre in den Horizontal-Leitlinien niedergelegte Auffassung, dass die Zusammenschlussparteien rechtzeitig die relevanten Informationen vorlegen müssen um zu belegen, dass die Voraussetzungen des Effizienzeinwands erfüllt sind.[100] Diese seien besonders aussagekräftig, wenn es sich um interne Dokumente zur Vorbereitung der Entscheidung über den Zusammenschluss, Ausführungen der Geschäftsleitung gegenüber den Eigentümern und Finanzmärkten bezüglich der erwarteten Effizienzvorteile sowie Studien von externen Experten zu Art und Ausmaß von fusionsbedingten Effizienz- und Verbrauchervorteilen handele. Auch der Darlegung von Beispielen für derartige Vorteile in der Vergangenheit lege die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung ein besonderes Gewicht bei.[101]

[99] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 83, 86.

[100] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 87.

[101] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 88.

2.3.3 Quantitative Analysen

2.3.3.1 Einführung

860. Für den aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 stellt die Monopolkommission fest, dass die Europäische Kommission wie bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum 2012/2013 mitunter quantitative Analysen unter Verwendung ökonometrischer Methoden in der zweiten Verfahrensphase von Fusionskontrollverfahren durchführte. Die Wettbewerbsbehörde nahm derartige quantitative Analysen stets komplementär zu den obligatorischen qualitativen Analysen vor. Oftmals gingen den quantitativen Analysen der Europäischen Kommission ökonometrische Analysen der Zusammenschlussparteien voraus, welche sie auf deren Aussagekraft hin überprüfte. Die von der Europäischen Kommission für ihre quantitativen Analysen verwendeten Daten stammten größtenteils von den Parteien und nur teilweise von Marktteilnehmern sowie marktexternen Quellen.

861. Der Anwendungszweck der quantitativen Analysen variierte einzelfallabhängig.[102] In den Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus und Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland verwendete die Europäische Kommission beispielsweise Upwards Pricing Pressure-Tests (UPP-Tests) und Merger-Simulationen zur Prognose der Preisentwicklung in der Post-Merger-Integration.[103] Ferner überprüfte sie im Verfahren Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus die von den Fusionsparteien eingereichte ökonometrischen Analyse bezüglich etwaiger Effizienzvorteile. Im Rahmen der sachlichen und der räumlichen Marktabgrenzung machte die Europäische Kommission in den Verfahren Huntsman/Rockwood bzw. Ineos/Solvay/JV ebenfalls von ökonometrischen Analysen Gebrauch; bei der Bestimmung der sachlichen Marktabgrenzung zog sie diese dem SSNIP-Test (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) sogar vor.[104] Eine nahezu ausschließlich theoretisch fundierte Analyse nahm die Europäische Kommission im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media bei der Untersuchung von Anreizen zur Marktabschottung bei vertikaler Integration vor.[105]

862. Die Monopolkommission begrüßt wie in früheren Gutachten grundsätzlich die zunehmende Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission.[106] Quantitative Analysen können ihrer Auffassung nach als „add-on“ zu qualitativen Analysen zusätzliche Indizien liefern und einen Erkenntnisbeitrag leisten, diese aber aus methodischen sowie juristischen Gründen nicht ersetzen. Die Monopolkommission erkennt ferner die in den Untersuchungen der Europäischen Kommission dargebotene analytische Sorgfalt insbesondere mit Blick auf die mit quantitativen Analysen verbundene Komplexität und die Fusionskontrollverfahren unterliegende zeitliche Restriktion an. Ungeachtet dessen weist sie im Folgenden auf Verbesserungspotenziale bei der methodischen Anwendung hin.

---

[102] Eine Evaluation der in dem Verfahren UPS/TNT Express durchgeführten ökonometrischen Analysen war nicht möglich, da eine Vielzahl an relevanten Informationen als vertraulich deklariert und daher nicht veröffentlicht wurde; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570 – UPS/TNT. Alle anderen Verfahren der Europäischen Kommission, in denen ökonometrische Analysen durchgeführt worden sind, sind in dem Abschnitt 2.3.3 gewürdigt worden.

[103] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/ E-Plus, sowie Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 837 ff., 844 ff., 863 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

[104] Zur sachlichen Marktabgrenzung vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 10. September 2014, M.7061 – Huntsman Corporation/Equity Interests held by Rockwood Holdings. Zur räumlichen Marktabgrenzung vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Mai 2014, M.6905 – Ineos/ Solvay/JV.

[105] EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Februar 2015, M.7194 – Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media.

[106] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 696 sowie XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 920 ff.

2.3.3.2 UPP und Merger Simulation

863. In den Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus und Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland hatte die Europäische Kommission sowohl UPP-Tests wie auch Merger-Simulationen zur Prognose der Preisentwicklung in der Post-Merger-Integration durchgeführt.[107] Sie folgte damit methodisch den Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria und Outokumpu/Inoxum, in welchen sie erstmalig beide Analysemethoden in Fusionskontrollverfahren verwendete.[108]

864. Die Europäische Kommission hatte am 28. Mai 2014 im Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland die geplante Übernahme des Mobilfunkgeschäfts von Telefónica Ireland Ltd. (Telefónica Ireland) durch dessen Wettbewerber Hutchison 3G UK Holdings Ltd. (Hutchison) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss des zweitgrößten mit dem viertgrößten Mobilfunknetzbetreiber (MNO) der Wettbewerb auf dem irischen Mobilfunkmarkt nachhaltig geschwächt worden wäre, zumal der irische Mobilfunkmarkt von einer fehlenden Nachfragemacht und hohen Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet sei. Parallel zum Verfahren Hutchison 3G UK/ Telefónica Ireland hatte die Europäische Kommission am 2. Juli 2014 im Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus die geplante Übernahme des Mobilfunknetzbetreibers E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus) durch dessen Wettbewerber Telefónica Deutschland Holding AG (Telefónica Deutschland) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss des drittgrößten mit dem viertgrößten MNO der Wettbewerb auf dem deutschen Mobilfunkmarkt nachhaltig geschwächt worden wäre. Ebenso wie der irische Mobilfunkmarkt zeichnete sich der deutsche Markt durch fehlende Nachfragemacht und hohen Markteintrittsbarrieren aus.

865. Die mit den quantitativen Analysen verbundenen Untersuchungsziele der Europäischen Kommission in beiden Verfahren waren es zu prüfen, wie sich die Mobilfunkpreise auf beiden Märkten infolge der geplanten Übernahmen jeweils entwickeln würden. Die von der Europäischen Kommission in beiden Verfahren zugrunde gelegte Methodologie war nahezu identisch. Zunächst legte die Europäische Kommission jeweils mithilfe eines sogenannten Bertrand-Nash-Modells mit Produktdifferenzierung die theoretischen Rahmenbedingungen für die Prognose der Preiseffekte in der Post-Merger-Integration fest. Gemäß diesem Modell setzen Unternehmen die Preise zwar nicht kooperativ fest, berücksichtigen dabei jedoch stets die Preissetzung der Wettbewerber. Die Marktmacht gründet sich auf dem Grad an Produktheterogenität, d. h. wegen der Heterogenität der Produkte führen Preiserhöhungen – anders als bei der Annahme von Produkthomogenität ohne Kapazitätsbeschränkungen – nicht zwangsläufig zu einem vollständigen Verlust der Käuferschaft und damit der Einnahmen.[109] Darauf basierend prognostizierte die Europäische Kommission die Preisentwicklung im Zuge der geplanten Übernahmen unter anderem mit dem sogenannten Gross Upward Pricing Pressure-Index (GUPPI), eine Variante des sogenannten Upward Pricing Pressure-Ansatzes (UPP).[110] Mit dem GUPPI ist eine Untersuchung des Anreizes der Fusionsparteien zu einer Preiserhöhung möglich, wobei dem GUPPI inhärent ist, dass Wettbewerber ihre Preise infolge der Preiserhöhung nicht anpassen werden. Die Berechnung des GUPPI erfolgt anhand von Umlenkungsziffern („diversion ratios“), welche die Veränderung des Absatzes der Produkte der Fusionsparteien bei einer von ihnen ausgelösten Preiserhöhung bei einem ihrer Produkte erfasst, beobachtbaren Gewinnmargen und Absatzmengen der Fusionsparteien. Informationen z. B. über die Marktnachfrage und über die Gewinnmargen von Wettbewerbern sind für die Berechnung des GUPPI nicht notwendig. Als Datengrundlage fungierten für die GUPPI-Analyse in beiden Verfahren Monatsdaten insbesondere zur Portierung von Telefonnummern zwischen Netzbetreibern, zu Kundenbeständen, Umsätzen und Gewinnmargen der Fusionsparteien, getrennt nach den Tarifen „pre-paid“ und „post-paid“, für das Kalenderjahr 2012 und die ersten beiden Quartale in 2013. Alternativ prognostizierte die Europäische Kommission die Preisentwicklung im Zuge der geplanten Übernahmen mithilfe von Merger-Simulationen

---

[107] Ausführlicher zum Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 73, a. a. O., Tz. 112 ff.

[108] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 697 ff.

[109] Im Verfahren Outokumpu/Inoxum verwendete die Europäische Kommission das sogenannte „Bertrand-Edgeworth-Modell“, das Produkthomogenität und Kapazitätsbeschränkungen unterstellt; vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 707 ff. und Fn. 123 in diesem Kapitel. Ausführlicher zu den Bertrand-Modellen vgl. etwa Tirole, J., The Theory of Industrial Organization, Cambridge 1988, S. 209 ff.

[110] Die Europäische Kommission ermittelte darüber hinaus noch weitere, dem GUPPI ähnelnde Maße. Ausführlicher zum UPP-Test vgl. etwa Farell, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, The B.E. Journal of Theoretical Economics – Policies and Perspectives 10(1), 2010, S. 1-39.

(„merger simulation“).[111] Im Gegensatz zum GUPPI- bzw. UPP-Test werden bei Merger-Simulationen etwaige Preisanpassungen der Wettbewerber mit berücksichtigt, zudem die Gewinnmargen explizit auf Basis zuvor geschätzter Preiselastizitäten der Nachfrage berechnet.[112] Zur Schätzung der Nachfrageelastizitäten werden gewöhnlich mikroökonometrische Methoden, insbesondere sogenannte „discrete choice models“ verwendet.[113] Die Europäische Kommission legte in ihren Schätzungen das „logit model“, „nested logit model“ sowie „random coefficient model“ zugrunde.[114] Wegen der methodischen Unterschiede griff sie für die ökonometrische Analyse in beiden Verfahren jeweils auf tarifspezifische Monatsdaten der Fusionsparteien sowie ihrer drei engsten Wettbewerber für den Zeitraum von 2010 bis 2013 zurück.

866. In beiden Verfahren seien mithilfe von UPP-Tests und Merger-Simulationen signifikante Preisanstiege sowohl im pre-paid- wie auch im post-paid-Segment festgestellt worden. Daran habe sich nach Auffassung der Europäischen Kommission auch bei einer Modifizierung der Untersuchungen, welche orientiert an methodischen Einwänden der Fusionsparteien vorgenommen wurden, nichts geändert. Auf Grundlage der Ergebnisse der quantitativen Analysen kam die Europäische Kommission daher zu dem Ergebnis, dass eine Verringerung der Anbieterzahl auf dem deutschen und dem irischen Mobilfunkmarkt jeweils zu einem signifikanten Preisanstieg geführt hätte.

867. Die Monopolkommission würdigt die Homogenität der in beiden Verfahren zugrunde liegenden Methodologie. Die Europäische Kommission verschafft (potenziellen) Antragsstellern durch eine konsequente Methodenanwendung in Verfahren ähnlichen Sachverhalts vermehrt Klarheit über ihre Vorgehensweise. Die Monopolkommission hebt darüber hinaus die in beiden Verfahren mithilfe von Merger-Simulationen durchgeführten quantitativen Analysen positiv hervor. Ihrer Auffassung nach können Merger-Simulationen ein geeignetes Instrumentarium zur Prognose von Preiseffekten in Fusionskontrollverfahren sein, da mit ihnen, anders als mit gängigen UPP-Methoden, das Reaktionsverhalten der Wettbewerber infolge einer Preiserhöhung berücksichtigt und somit prinzipiell ein realitätsnäheres Abbild erfasst werden kann. Zugleich sind damit Merger-Simulationen im Gegensatz zu UPP-Tests konform sowohl mit den theoretischen Vorgaben eines Bertrand-Nash-Modells wie auch mit den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse zu nicht koordinierten Wirkungen.[115] Die Monopolkommission weist darauf hin, dass der UPP-Test ursprünglich als Screening-Methode für etwaige unilaterale Preiseffekte bei Unternehmenszusammenschlüssen und Merger-Simulationen als Methoden zur Schätzung von Preiseffekten konzipiert gewesen waren. Dass die Europäische Kommission UPP-Tests und Merger-Simulationen mittlerweile als komplementäre Methoden für quantitative Analysen in Zweite-Phase-Verfahren auffasst, erscheint der Monopolkommission wegen der eingeschränkten Aussagekraft von UPP-Tests als fragwürdig. Die Monopolkommission empfiehlt daher der Europäischen Kommission, zukünftig im Rahmen von quantitativen Analysen UPP-Tests als Screening-Methode in der ersten Verfahrensphase und Merger-Simulationen als Schätzmethode in der zweiten Verfahrensphase von Fusionskontrollverfahren zu verwenden.

---

111 Ausführlicher vgl. etwa Froeb, L./Tschantz, S./Werden, G., Pass-Through Rates and the Price Effects of Mergers, International Journal of Industrial Organization 23, 2005, S. 703-715.

112 Die Preiselastizität der Nachfrage bezüglich eines Produktes gibt die relative Veränderung der nachgefragten Menge des Produktes bei einer einprozentigen Erhöhung des Produktpreises an.

113 Analog zu Berry, S. T., Estimating Discrete-Choice Models of Product Differentiation, Rand Journal of Economics 25(2), 1994, S. 242-262.

114 Sie verwendete stets einen Instrumentvariablen-Schätzansatz, um für die Interdependenz von Preis und Menge zu kontrollieren, analog zu Berry, S. T./Levinsohn, J./Pakes, A., Automobile Prices in Equilibrium, Econometrica 63(4), 1995, S. 841-890. Ausführlicher zu den Charakteristika der einzelnen „discrete-choice models“ vgl. etwa allgemein Cameron, A. C./Trivedi, P. K., Microeconometrics, Cambridge 2005, Abschnitte 14 und 15. Zu gängigen Schätzmethoden vgl. etwa Greene, W. H., Econometric Analysis 5. Aufl., New Jersey 2002, S. 65-91; 448; 468-556.

115 EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., S. 5, Erwägungsgrund 24: „Auch den übrigen Unternehmen des betreffenden Marktes können Vorteile aus dem Rückgang des Wettbewerbsdrucks aufgrund der Fusion erwachsen, da sich durch die Preiserhöhung der fusionierenden Unternehmen ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern verlagern kann, die es wiederum einträglich finden könnten, ihre Preise zu erhöhen“.

2.3.3.3 Sachliche Marktabgrenzung

868. Im Verfahren Huntsman/Rockwood führte die Europäische Kommission eine quantitative Analyse zur sachlichen Marktabgrenzung durch. Sie zog in ihrer Untersuchung explizit ökonometrische Verfahren dem SSNIP-Test vor. Ihrer Auffassung nach sei der SSNIP-Test ungeeignet, wenn – wie im vorliegenden Verfahren – die nachfrage- und angebotsseitigen Bedingungen der zu untersuchenden Produkte einen derart hohen Homogenitätsgrad aufweisen, dass eine Falsifizierung nur schwerlich möglich sei.

869. Die Europäische Kommission hatte am 10. September 2014 im Verfahren Huntsman/Rockwood die geplante Übernahme einer Reihe von Unternehmen von Rockwood Specialities Group, Inc. (Rockwood) durch die Huntsman Corp. (Huntsman) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung der beiden größten Anbieter von Titandioxid als Vorprodukt für Druckfarben-Anwendungen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) geführt hätte.

870. Das mit der ökonometrischen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, inwieweit Druckerfarben und Lack-Beschichtungen unterschiedlichen Weißgrades, deren jeweiliges Vorprodukt Titandioxid ist, austauschbar waren.[116] Hierzu verwendete die Europäische Kommission monatliche z. T. nach Produktionsstätten differenzierte Preis- und Kostendaten zu den zehn von den Fusionsparteien in Europa jeweils am häufigsten gehandelten Druckerfarben- sowie Lackprodukten unterschiedlichen Weißgrades für den Zeitraum von Januar 2006 bis Februar 2014. Im Rahmen der ökonometrischen Analyse bereinigte die Europäische Kommission die Preise zunächst jeweils um gemeinsame angebots- und nachfragespezifische Einflussfaktoren mittels sogenannter gepoolter Regressionen[117], um anschließend anhand der Residualpreise für Druckerfarben und Lacke einen Preisvergleich in Form einer (bivariaten) Korrelationsanalyse vorzunehmen.[118] Das Gros der Residualpreise hätte jedoch einen sogenannten stochastischen Trend aufgewiesen, weshalb die Europäische Kommission in der Folge die ersten Differenzen in den Preisen für die Korrelationsanalyse verwendete. Wegen Unterschieden in den Kostenstrukturen bei den Produktionsstätten führte die Europäische Kommission Analysen durch, in denen sie die aggregierten Durchschnittspreise von Druckerfarben und Lacken zwischen den Fusionsparteien, zwischen den Produktionsstätten je Fusionspartei und innerhalb einer Produktionsstätte miteinander verglich. Der Analyse der Europäischen Kommission ging unter anderem eine von den Fusionsparteien eingereichte Preis-Korrelationsanalyse voraus.

871. Die Ergebnisse der Korrelationsanalysen sprachen nach Auffassung der Europäischen Kommission dafür, dass Druckerfarben und Lacke nicht zu demselben sachlich relevanten Markt gehören. Sie bemängelte jedoch die Datenqualität und hielt daher die gesamte empirische Analyse – sowohl die von den Fusionsparteien wie auch ihre eigene – nur für eingeschränkt aussagekräftig. Ebenso kritisierte die Europäische Kommission die Verwendung von Korrelationsanalysen zur Marktabgrenzung. Ihrer Ansicht nach sind Korrelationsanalysen insbesondere wegen des Problems von Scheinkorrelation zur Marktabgrenzung nur bedingt geeignet.[119] Sie sähe Korrelationsanalysen daher vielmehr als Verfahren an, mit denen tendenziell Indizien gesammelt werden können, die gegen eine Marktzugehörigkeit („separation test“) denn für eine Marktzugehörigkeit zweier untersuchter Produkte sprächen („inclusion test“). Die Europäische Kommission knüpfte die Aussagekraft von Korrelationsanalysen im Rahmen der Marktabgrenzung allgemein an drei Bedingungen, die als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingungen verstanden werden sollen. So müssten

---

[116] Weißgrad ist ein Maß für die Fähigkeit einer Fläche zur ungerichteten Reflexion von (Licht-)Wellen.

[117] Eine gepoolte Regression beschreibt ein ökonometrisches Verfahren zur Analyse von Paneldaten, bei der zeitinvariante Heterogenitäten der Untersuchungseinheiten und zeitvariante Heterogenitäten betreffend alle Untersuchungseinheiten nicht berücksichtigt werden; vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., Cambridge (UK) 2010, S. 128 ff.

[118] Eine Korrelationsanalyse ist eine Methode der Deskriptiven Statistik und zielt auf die Untersuchung eines linearen Zusammenhangs von zwei Merkmalen bzw. Variablen ab. Eine partielle Korrelationsanalyse, so wie in der vorliegenden Entscheidung der EU-Kommission deklariert, stellt zwar ebenfalls eine Untersuchung eines linearen Zusammenhangs von zwei Merkmalen bzw. Variablen dar, ist jedoch in der Regel eingebettet in eine Methode der Induktiven Statistik wie etwa der Regressionsanalyse.

[119] Scheinkorrelation liegt beispielsweise vor, wenn eine hohe Korrelation zwischen zwei Variablen beobachtet wird, die inhaltlich nicht gerechtfertigt ist. Solche scheinbaren Zusammenhänge können dadurch bewirkt werden, dass eine mit beiden beobachteten Variablen hochkorrelierte dritte Variable übersehen wird und somit unberücksichtigt bleibt; vgl. Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., Berlin 2004, S. 148 ff.

die Preisdaten sowohl um gemeinsame Einflussfaktoren wie auch um stochastische Trends bereinigt werden. Ferner müsste der Datenumfang ausreichend groß sein, bei Zeitreihen und Paneldaten zudem eine Mindestanzahl an aufeinanderfolgenden Daten vorliegen; konkrete Richtwerte gab die Europäische Kommission nicht vor.

872. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission Grundbedingungen für die Anwendung von Korrelationsanalysen zum Zwecke der Marktabgrenzung formuliert und damit den Unternehmen vermehrt Klarheit zur Nützlichkeit von eingereichten ökonomischen Gutachten für zukünftige Verfahren verschafft hat. Ungeachtet der formulierten Grundbedingungen weist die Monopolkommission darauf hin, dass bei (bivariaten) Korrelationsanalysen neben dem Problem von Scheinkorrelation ebenso das Problem einer verdeckten Korrelation auftreten könnte.[120] Demnach müsste an der Aussagekraft von Korrelationsanalysen als „separation test“ ebenso gezweifelt werden. Um den Problemen von Scheinkorrelation und verdeckter Korrelation methodisch wirksam zu begegnen, sollte der Fokus verstärkt auf die Regressionsanalyse gelegt werden. Mit ihr ist es, anders als bei einer Korrelationsanalyse, prinzipiell möglich, die Art des Zusammenhanges zwischen (zwei oder mehreren) Produkten mithilfe von statistischen Schätz- und Testmethoden zu eruieren und auf statistische Signifikanz hin zu überprüfen.[121] Mit einem adäquat spezifizierten Regressionsmodell wie z. B. einem sogenannten Fehlerkorrekturmodell wäre es möglich gewesen, für stochastische Trends zu kontrollieren, ohne eine Analyse in den ersten Differenzen vornehmen zu müssen.[122] Die Verwendung von ersten Differenzen – wie bei der obigen Preiskorrelationsanalyse der Fall – stellt eine wesentliche Modifikation des Datensatzes und einen Verlust an Informationen dar. Rückschlüsse von einer Korrelationsanalyse auf Grundlage von Preisdaten in den ersten Differenzen auf eine Korrelationsanalyse von nicht differenzierten Preisdaten können nicht gezogen werden, weshalb die vorgenommene Korrelationsanalyse allein unter methodischen Gesichtspunkten in Frage zu stellen ist.

2.3.3.4 Räumliche Marktabgrenzung

873. Eine neue Entwicklung bei der Anwendung von quantitativen Analysen in der europäischen Fusionskontrolle hat sich in dem Verfahren Ineos/Solvay/JV ergeben. Mittels ökonometrischer Methoden führte die Europäische Kommission Analysen zur räumlichen Marktabgrenzung sowie zur Marktmacht in der Pre-Merger-Phase zum Zwecke der Quantifizierung etwaiger Preissteigerungen in der Post-Merger-Integration durch.[123] Mit den quantitativen Analysen verbunden war zugleich eine Ex post-Evaluation zweier von der Europäischen Kommission genehmigter Unternehmenszusammenschlüsse.[124]

874. Die Europäische Kommission hatte am 8. Mai 2014 im Verfahren Ineos/Solvay/JV den geplanten Zusammenschluss der europäischen Chlorvinyl-Geschäfte von der schweizerischen Ineos AG (Ineos) und der belgischen Solvay S. A. (Solvay) in einem neu gegründeten Joint Venture unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss Solvay als stärkster Wettbewerber von Ineos auf dem Markt

---

[120] Verdeckte Korrelation liegt vor, wenn eine entscheidende Variable nicht berücksichtigt und dadurch eine tatsächlich vorhandene Korrelation verschleiert wird oder wenn sich das Vorzeichen der Korrelation umkehrt; vgl. ebenda, S. 150 f.

[121] Zwar ist es prinzipiell auch möglich, die in einer Korrelationsanalyse gemessene Korrelationsstärke auf statistische Signifikanz hin zu prüfen, gleichwohl unterliegen den statistischen Testverfahren dieselben restriktiven Annahmen einer Korrelationsanalyse; vgl. hierzu etwa Monopolkommission, Sondergutachten 74, Post 2015: Postwendende Reform – Jetzt!, Baden-Baden 2016, Tz. 94 ff.

[122] Zu Fehlerkorrekturmodellen bei Zeitreihen vgl. etwa Lütkepohl, H./Krätzig, M., Applied Time Series Econometrics, Cambridge 2010, S. 96 ff., und bei Paneldaten vgl. etwa Pesaran, M. H./Smith R. P., Pooled mean group estimation of dynamic heterogeneous panels, Journal of the American Statistical Association 94, 1999, S. 621-634 sowie Estimating long-run relationships from dynamicheterogeneous panels, Journal of Econometrics 68, 1995, S. 79-113.

[123] Zudem reichten die Fusionsparteien eine Simulationsanalyse auf Grundlage des Bertrand-Edgeworth-Modells (BE-Modell), das die Europäische Kommission bereits im Verfahren Outokumpu/Inoxum angewendet hatte. Nach Prüfung der Europäischen Kommission hätten die Ergebnisse ebenfalls für eine räumliche Marktabgrenzung und merkliche Preissteigerungen gesprochen, was die Fusionsparteien auch nicht bestritten hätten. Nach Auffassung der Europäischen Kommission seien Ergebnisse des BE-Modells vornehmlich als qualitative Evidenz zu interpretieren.

[124] EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Juli 2011, M.6218 – Ineos/Tessenderlo, und Entscheidung vom 30. Januar 2008, M.4734 – Ineos/Kerling. Ausführlicher zur Ex Post-Evaluation von Fusionskontrollverfahrensentscheidungen vgl. Abschnitt 7 in diesem Kapitel.

für Suspensios-Polyvinylchlorid (S-PVC) in Nordwesteuropa ausgeschaltet und ein Marktbeherrscher auf dem Markt für Bleichlauge in den Benelux-Ländern entstanden wäre.

875. Die mit den ökonometrischen Analysen verbundenen Untersuchungsziele der Europäischen Kommission waren es zu prüfen, inwieweit zum einen die Märkte für S-PVC in und außerhalb Nordwesteuropas voneinander abzugrenzen waren und inwieweit zum anderen Ineos über Marktmacht in der Pre-Merger-Phase – zur Quantifizierung von etwaigen Preissteigerungen in der Post Merger-Integration – verfügt hat. Die hierfür verwendeten Daten und Methoden waren in beiden Fällen nahezu identisch. So verwendete die Europäische Kommission monatliche Daten zu individuellen bzw. kundenspezifischen Handelstransaktionen sowie zu produktionsstättenspezifischen Kosten Ineos' und Solvays für den Zeitraum von Januar 2007 bis April 2013. Mit dem sogenannten Difference-in-Differences-Schätzer (DD) legte sie in ihren Analysen eine ökonometrische Methode zugrunde, mit der die Entwicklung einer zentralen Kenngröße zweier oder mehrerer Untersuchungsgruppen unter Berücksichtigung aller relevanter die Untersuchungsgruppen beeinflussender Faktoren zwischen unterschiedlichen Zeiträumen anhand von Paneldaten verglichen werden kann.[125] Zudem führte die Europäische Kommission mit dem Difference-in-Difference-in-Differences-Schätzer (DDD) eine Modifikation des DD als Robustheitsprüfung zur Erfassung regionaler Trends durch. Als zentrale Kenngröße wählte die Europäische Kommission Transaktionspreise aus, wobei sie die Transaktionen als Untersuchungsgruppen räumlich nach Regionen in und außerhalb Nordwesteuropas separierte und damit die räumliche Zugehörigkeit der Transaktionen als Unterscheidungskriterium bestimmte. Als zeitliche Bruchstellen zur Unterteilung der Analysezeiträume spezifizierte sie die beiden Zeitpunkte der Fusionsfreigabe der Verfahren Ineos/Tessenderlo, Juli 2011, und Ineos/Kerling, Januar 2008.[126] Ebenso habe sie dieselben Einflussfaktoren in den Regressionsmodellen berücksichtigt, bei denen sie den DD anwendete.

876. Nach Darstellung der Europäischen Kommission sind die Schätzungen mittels DD und DDD sowohl zur räumlichen Marktabgrenzung wie auch zur Marktmacht robust und die Parameter, insbesondere die Interaktionsterme zur Erfassung der um andere Einflussfaktoren bereinigten Preisunterschiede zwischen den Regionen vor und nach den Zeitpunkten der Fusionsfreigaben, größtenteils statistisch positiv signifikant gewesen. Demnach seien die Transaktionspreise auf dem nordwesteuropäischen Markt im Vergleich zu den außer-nordwesteuropäischen Märkten vor allem im Zuge des Unternehmenszusammenschlusses von Ineos und Tessenderlo stärker angestiegen. Dies habe nach Auffassung der Europäischen Kommission für eine räumliche Marktabgrenzung und für eine Marktmacht Ineos' in der Pre-Merger-Phase des in diesem Verfahren zu prüfenden Unternehmenszusammenschlusses gesprochen. Die Ergebnisse der ökonometrischen Analyse hätten zugleich die Ergebnisse des zuvor durchgeführten SSNIP-Tests bestätigt.

877. Die Monopolkommission befürwortet die Anwendung (panel-)ökonometrischer Methoden zum Zwecke der räumlichen Marktabgrenzung. Insbesondere anhand von panelökonometrischen Methoden ist es möglich, räumliche Preisunterschiede unter Berücksichtigung intertemporaler Veränderungen in den einzelnen Märkten zu analysieren. Dass die Europäische Kommission in ihren ökonometrischen Schätzungen zugleich eine Ex post-Evaluation zweier von ihr getroffener Fusionskontrollentscheidungen integrierte, indem sie die Zeitpunkte der Fusionsfreigabe als strukturelle Marktveränderungen auffasste, hebt die Monopolkommission im Hinblick auf die Notwendigkeit einer vermehrten Durchführung von Ex post-Evaluationen zur Verbesserung der Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden positiv hervor. Allerdings wäre eine vertiefte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit den Ergebnissen bezüglich ihrer vorangegangenen Fusionskontrollentscheidungen geboten gewesen, zumal ein signifikanter Preisanstieg jeweils infolge der Fusionsfreigaben ermittelt wurde. Ferner hätte die Europäische Kommission zu Robustheits-

[125] Paneldaten umfassen Daten zu Merkmalen verschiedener Untersuchungseinheiten zu mehreren Zeitpunkten. Ausführlicher zum DD vgl. etwa Bertrand, N./Duflo, E./Mullainathan, S., 2004, How much should we trust differences-in-differences estimates?, Quarterly Journal of Economics 114(1), S. 249-275.

[126] Obgleich de facto drei Zeiträume existierten, konzentrierte sich die Europäische Kommission auf die Zeiträume von Januar 2007 bis Juni 2011 und Juli 2011 bis April 2013.

zwecken – wie bei ökonometrischen Untersuchungen mit Paneldaten üblich – trotz des relativ kurzen Analysezeitraums darauf testen können, ob die Transaktionspreise nicht einem sogenannten stochastischen Trend unterlegen haben.[127] Die Existenz eines stochastischen Trends würde die Aussagekraft der quantitativen Analyse in Frage stellen.

2.3.3.5 Effizienzeinwand

878. Im Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus wurde von den Fusionsparteien eine quantitative Analyse zu möglichen Effizienzgewinnen im Zuge des geplanten Unternehmenszusammenschlusses vorgelegt. Die Europäische Kommission beschäftigte sich nach dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext damit zum zweiten Mal eingehender mit der empirischen Quantifizierung von Effizienzvorteilen, die sie in begründeten Fällen bei ihren Entscheidungen gemäß Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 berücksichtigen soll.[128]

879. Das mit der quantitativen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, inwieweit sich durch die geplante Übernahme die Qualität des Mobilfunknetzes zugunsten der Verbraucher verbessern würde (nachfrageseitige Effizienzen). Hierzu verifizierte sie die Ergebnisse einer von den Fusionsparteien eingereichten ökonometrischen Studie, die den Nutzen einer höheren Qualität der Mobilfunknetze für die Verbraucher quantifiziert habe. Im Zentrum der Analysen stand der Zusammenhang zwischen der Netzwerkqualität, approximiert durch externe Testergebnisse zur Datenübertragungsgeschwindigkeit zwischen den einzelnen Mobilfunknetzen[129] bei unterschiedlichen Mobilfunkstandards (2G, 3G und 4G) und Minutenpreisen für Sprach-Dienstleistungen („voice services“), der mithilfe eines sogenannten Fixed-Effects-Modells vornehmlich anhand von Quartalsdaten für den Zeitraum 2005 bis 2012 untersucht wurde.[130] Nach Ansicht der Fusionsparteien impliziere ein positiver Zusammenhang zwischen Qualität und Preis, bereinigt um weitere relevante Preisfaktoren, dass die Verbraucher eine höhere Qualität der Mobilfunknetze (der Fusionsparteien) entsprechend wertschätzen, was sich in Preissteigerungen niederschlage.

880. Die Europäische Kommission hielt aus mehreren Gründen weder die von ihr noch die von den Fusionsparteien vorgelegten Ergebnisse für robust und damit für nicht aussagekräftig. Insbesondere sei es mithilfe der Daten nicht möglich gewesen, den kontrafaktischen Zustand („Counterfactual“) zur geplanten Übernahme adäquat zu simulieren und somit die durch den Unternehmenszusammenschluss bedingten etwaigen Effizienzgewinne in Form von Qualitätssteigerungen bei den Mobilfunknetzen zu identifizieren. Nach Auffassung der Europäischen Kommission konnten mit der quantitativen Analyse daher keine Indizien für Effizienzgewinne ermittelt werden.

881. Die Monopolkommission anerkennt, dass vermehrt quantitative Analysen zur Identifizierung von Effizienzvorteilen in Fusionskontrollverfahren vorgelegt werden. Trotz bzw. gerade wegen der bislang fehlenden empirischen Evidenz für signifikante Effizienzgewinne bei Unternehmenszusammenschlüssen sollten auch zukünftig hierzu Untersuchungen bei der Europäischen Kommission eingereicht werden. Eine permanente thematische Auseinandersetzung – ob per qualitativer oder quantitativer Analyse – fördert tendenziell das Bewusstsein sowie das Verständnis für Effizienzpotenziale aufseiten der Marktteilnehmer und der Europäischen Kommission. Im Hinblick auf quantitative Analysen

---

[127] Die Europäische Kommission kontrollierte durch die Anwendung des DDD zwar für deterministische Trends, nicht aber für stochastische Trends. Bei Vorliegen eines stochastischen Trends weist eine Zeitreihe – anders als bei Vorliegen eines deterministischen Trends – eine nicht prognostizierbare, weil nicht modellierbare, Entwicklung auf. Ein stochastischer Trend beschreibt einen stochastischen Prozess, dessen statistische Momente zeitvariant sind. Sofern stochastische Prozesse einem stochastischen Trend unterliegen, können ohne entsprechende Korrekturen keine Aussagen über die statistische Signifikanz ökonometrischer Schätzungen getroffen werden.

[128] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 721 ff.

[129] Die Testergebnisse stammen von Untersuchungen der deutschen Telekommunikationsfachzeitschrift „CONNECT“.

[130] Mit Fixed-Effects-Modellen ist es im Rahmen der Analyse von Paneldaten möglich, nicht beobachtbare zeitinvariante Einflussfaktoren abzubilden („unobserved heterogeneity“); vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., a. a. O., S. 265 ff.

und die Wahl einer geeigneten Methode weist die Monopolkommission wie im Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext darauf hin, dass wegen der mit der Identifizierung von Effizienzvorteilen verbundenen Komplexität etwa das Instrumentvariablen-Schätzprinzip geeignet sein könnte.[131]

2.3.3.6 Marktabschottung

882. Im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media lag der Fokus der empirischen Analyse auf der Quantifizierung theoretischer Modelle zu etwaigen Marktabschottungseffekten bei vertikaler Integration. Die Europäische Kommission hatte am 10. Oktober 2014 im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media die geplante Übernahme von De Vijer Media NV (De Vijer Media) durch Liberty Global plc. (Liberty Global), Corelio Publishing NV (Corelio) sowie Waterman & Waterman NV (W&W) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss einem Anbieter die beiden einzigen Premium-Pay-TV-Sender in den Niederlanden gehört hätten und dieser ca. 90 Prozent des Kabelangebots sowie zwischen 60 und 70 Prozent der Pay TV-Abonnements auf sich vereint hätte.

883. Das mit der quantitativen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, zu welchen Wettbewerbseffekten ein Ausschluss dritter TV-Vermarkter von der Vermarktung des von De Vijver Media und der damit insbesondere von Liberty Global kontrollierten Pay-TV-Sender Vier/Vijf hätte führen können (Marktabschottung von Einsatzmitteln).[132] Liberty Global sei mit seiner Tochter Telenet ebenfalls in der TV-Vermarktung, vor allem von Sendungen der TV-Senders Vier/Vijf, aktiv gewesen, weshalb Liberty Global vertikal in den Märkten für TV-Sender und für die TV-Vermarktung integriert gewesen sei.[133] Die Europäische Kommission ermittelte zunächst anhand von Kundenwechselraten den Anreiz für Liberty Global zu einem vollständigen Ausschluss Dritter von der Vermarktung der Senders Vier/Vijf. Sie spezifizierte die Kundenwechselraten als Schwellenwerte, ab denen der zusätzliche Gewinn, repräsentiert durch Einnahmen aufgrund neuer Abonnementen, die wegen der Exklusivausstrahlung des TV-Senders Vier/Vijf zu Telenet wechseln würden, die zusätzlichen Kosten, repräsentiert durch verloren gegangene Werbe- und Gebühreneinnahmen, überstiegen und eine Abschottungsstrategie rational erschienen lassen hätte. Anschließend eruierte die Europäische Kommission den Anreiz für De Vijver Media und Telenet zur Erhöhung der von dritten TV-Vermarktern zu entrichtenden Gebühr für die Vermarktung von Vier/Vijf bei einem partiellen Ausschluss dritter TV-Vermarkter in der Post-Merger-Integration. Hierzu spezifizierte sie ein Verhandlungsmodell, wobei die potenziellen Gewinne der Verhandlungsparteien bei Untersagung der geplanten Übernahme als deren Drohpunkte („Counterfactual“) unterstellt wurden. Beide Ansätze wurden jeweils mit vertraulichen Daten von Marktteilnehmern kalibriert.

884. Die Ergebnisse ließen nach Aussage der Europäischen Kommission darauf schließen, dass die geplante Übernahme einen starken Anreiz bei den Fusionsparteien zu einem vollständigen Ausschluss Dritter von der Vermarktung der Sender Vier/Vijf ausgelöst hätte. Sofern ein partieller Ausschluss Dritter erfolgt wäre, sei gemäß den Ergebnissen mit einem Anstieg der Verhandlungsmacht der Fusionsparteien und schlussendlich auch mit einem Anstieg der Vermarktungsgebühr für Dritte zu rechnen gewesen.

885. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission wie im konkreten Verfahren ihre Untersuchung zur Anreizstruktur der Fusionsparteien theoretisch fundiert hat. Mithilfe theoretischer Modelle

---

[131] Bei der Analyse von Paneldaten könnte z. B. das GMM-Schätzverfahren („generalized methods of moments“) praktikabel sein, das den Instrumentvariablen-Ansatz inkludiert und ein vergleichsweise robustes Schätzverfahren darstellt; vgl. etwa Hansen, L. P., nsen, Proofs for large sample properties of generalized method of moments estimators, Journal of Econometrics 170(2), 2012, S. 325-330 und Large sample properties of generalized method of moments estimators, Econometrica 50, 1982, S. 1029–1054.

[132] Betrieben würde der TV-Sender Vier/Vijf nach genehmigter Übernahme von De Vijer Media. Zur Marktabschottung von Einsatzmitteln vgl. EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., S. 5, Tz. 61 ff. sowie Nicht-Horizontal-Leitlinien, S. 6, a. a. O., Tz. 29 ff.

[133] TV-Vermarkter bieten den Endkunden die TV-Sendungen (eines oder mehrerer Sender) entweder zu einer vorgegebenen Sendezeit („linear TV services“) und/oder z. B. auf Nachfrage („nonlinear TV services“) via Kabel, Satellit oder Internet an. Auf dem Markt für TV-Sender repräsentieren sie die Nachfrageseite, die Angebotsseite wird durch die Betreiber von TV-Sendern repräsentiert, die Lizenzinhaber von TV-Sendungen sind.

können generell die Strategien der einzelnen Fusionsparteien und Marktteilnehmer auf eine besonders strukturierte Art und Weise verständlich gemacht werden. Ohne Kenntnis der Strategien relevanter Marktteilnehmer ist nach Auffassung der Monopolkommission weder eine effektive Ausgestaltung des Wettbewerbsrahmens noch eine effektive Marktaufsicht möglich. Theoretische Modelle sind daher bei Bedarf komplementär zur qualitativen Analyse zu verwenden. Zur erweiterten Anwendung, aber auch zur Verifizierung können theoretische Modelle in empirische Analysen je nach Sachverhalt eingebettet werden.

2.3.4 Abhilfemaßnahmen

886. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 hat die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO 25 und nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO 15 Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben. Positiv zu würdigen ist der Umstand, dass die Europäische Kommission den Zusammenschlussparteien in der überwiegenden Zahl der Fälle Veräußerungsverpflichtungen auferlegt hat. Diese lassen potenzielle Überschneidungen der Aktivitäten der Parteien entfallen, sind in einem überschaubaren Zeitrahmen zu erfüllen und bedürfen keiner laufenden Kontrolle seitens der Wettbewerbsbehörde.

887. Zu einer Beseitigung der Marktanteilsüberschneidung durch die Veräußerung von Produktionsstätten oder ganzen Geschäftsbereichen kam es etwa in den Fällen Cargill/ADM Chocolate Business, BP/Statoil Fuel and Retail Aviation, ZF/TRW und Altice/PT Portugal. Zum Teil wurden Veräußerungsverpflichtungen mit verhaltensorientierten Nebenbestimmungen wie Zugangs-, Lizenz- und Belieferungspflichten kombiniert, z. B. in den Verfahren DEMB/Mondelez/Charger OpCo, Orange/Jazztel, Zimmer/Biomet und Medtronic/Covidien. Im letztgenannten Fall hielt die Europäische Kommission eine Veräußerungsverpflichtung in größerem räumlichen Umfang für erforderlich, als ihre Wettbewerbsbedenken reichten. Während die Europäische Kommission negative Wirkungen des Zusammenschlusses nur für verschiedene nationale Märkte im Europäischen Wirtschaftsraum festgestellt hatte, erfassen die Abhilfemaßnahmen den relevanten weltweiten Geschäftsbereich.

888. Während des Berichtszeitrauma hat die Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen Veräußerungszusagen nur als „Up-front-buyer"-Verpflichtung oder – vereinzelt – als „Fix-it-first"-Lösung angenommen. Bei einer Up-front-buyer-Verpflichtung müssen die Zusammenschlussparteien den Vollzug der genehmigten Transaktion so lange aussetzen, bis die Zusammenschlussparteien eine bindende Vereinbarung mit einem von der Europäischen Kommission genehmigten Erwerber abgeschlossen haben.[134] Von dieser Möglichkeit macht die Europäische Kommission Gebrauch, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob überhaupt ein geeigneter Erwerber gefunden wird oder ein Risiko bezüglich des Erhalts der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts besteht. Hier sind unter anderem die Fälle Zimmer/Biomet, Orange/Jazztel, Huntsman Corporation/Equity interests held by Rockwood Holdings sowie Merck/Sigma-Aldrich zu nennen. In dem Verfahren General Electric/Alstom wurde daneben eine Fix-it-first-Lösung gewählt. Diese setzt noch früher an, indem die Zusammenschlussbeteiligten eine bindende Vereinbarung mit einem von der Europäischen Kommission genehmigten Erwerber noch während des laufenden Fusionskontrollverfahrens treffen.[135] Eine solche Lösung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Frage, wer der Erwerber ist, entscheidende Bedeutung für die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme hat.

889. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission, vermehrt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen zu bestehen. Derartige Vorkehrungen tragen zur Sicherstellung des Zusagenvollzugs bei und können insbesondere angezeigt sein, wenn nur eine geringe Anzahl von potenziellen Erwerbern existiert oder Marktteilnehmer während des Fusionskontrollverfahrens mangelndes Interesse an einem Erwerb geäußert haben. Dasselbe gilt für Fälle, in denen die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögensteils von spezifischen Anforderungen an den Erwerber oder vom Verhalten Dritter abhängt.

---

[134] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU, C 267, S. 1, Tz. 53 ff.

[135] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., S. 1, Tz. 56 ff.

890. Insbesondere bei vertikalen Wettbewerbsbedenken griff die Europäische Kommission erneut auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurück, etwa in den Verfahren PRSfM/Stim/Gema und Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media. In den genannten Verfahren legte die Europäische Kommission den beteiligten Unternehmen insbesondere Zugangsverpflichtungen auf. Die Monopolkommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass verhaltensorientierte Verpflichtungen im Gegensatz zu Veräußerungverpflichtungen keinen Einfluss auf die Marktstruktur haben, in der Regel über einen längeren Zeitraum umgesetzt werden müssen und teilweise einer aufwändigen Kontrolle bedürfen. Außerdem eröffnen sie dem Unternehmen, das den Zugang zu gewähren hat, eine Reihe von Diskriminierungsmöglichkeiten gegenüber den einen solchen Zugang nutzenden Unternehmen. Deshalb begrüßt die Monopolkommission Äußerungen der Europäischen Kommission, wonach Zusagenangebote um so eher als geeignet angesehen werden, je struktureller ihre Natur ist.[136]

2.3.4.1 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

891. In dem Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media bejahte die Europäische Kommission das Vorliegen negativer vertikaler Wettbewerbseffekte des Zusammenschlusses.[137] Liberty Global betreibt Kabelnetze für Fernseh-, Breitbandinternet- sowie für Telefondienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten und in einigen Ländern außerhalb Europas. In Belgien ist Liberty Global über das Unternehmen Telenet aktiv, das ein Kabelnetz in Flandern und Teilen Brüssels betreibt. Des Weiteren ist Telenet beim Betrieb von Pay-TV-Programmen und Video on Demand Dienstleistungen aktiv. De Vijver Media produziert Fernsehinhalte und sendet die niederländischsprachigen Programme Vier und Vijf, die sie auch an andere Fernsehsender lizenziert. Darüber hinaus verkauft De Vijver Media Werbezeiten auf verschiedenen Fernsehkanälen. Nach der Transaktion werden Liberty Global über sein Tochterunternehmen Telenet 50 Prozent, Corelio und W&W je 25 Prozent der Anteile an De Vijver Media Media halten. Der Zusammenschluss betrifft alle Ebenen der Wertschöpfungskette für TV-bezogene Inhalte, also die Produktion von Fernsehinhalten, die Lizenzierung von Senderechten von Fernsehinhalten, die Bereitstellung von Free-to-Air- und Basic-Pay-TV-Programmen sowohl auf Vorleistungsebene wie auch auf Endkundenebene sowie den Verkauf von Werbezeiten auf Fernsehkanälen.

892. Zu negativen vertikalen Wettbewerbseffekten würde es nach Ansicht der Europäischen Kommission kommen, weil Telenet und De Vijver Fähigkeit und Anreize zu einer Abschottung von Einsatzfaktoren (input foreclosure) sowie zu einer Kundenabschottung (customer foreclosure) hätten. Die unterschiedlichen Abschottungsstrategien würden sich im vorliegenden Fall nicht gegenseitig ausschließen und die marktbeherrschende Stellung von Telenet auf dem Markt für die Bereitstellung von Fernsehdiensten an Endkunden verstärken. Der Zusammenschluss hätte daher eine Reduzierung des Wettbewerbs auf der Einzelhandelsebene zur Folge, was für die Kunden höhere Preise bedeuten würde.

893. Eine Abschottung von Einsatzfaktoren werde nach dem Zusammenschluss möglich, weil De Vijver Media auf der vorgelagerten Marktstufe des Programm-Großhandels tätig sei, während Telenet auf der nachgelagerten Marktstufe für die Bereitstellung von Fernsehdiensten für Endkunden agiere. Telenet und De Vijver Media hätten nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit und Anreize, Fernsehanbietern wie Belgacom und TV Vlaanderen beim Großhandel von Free-to-Air- und Basic-pay-TV-Programmen den Zugang zu De Vijver Medias Programmen Vier und Vijf zu verweigern (total foreclosure) oder – z. B. durch höhere Preise – zu erschweren (partial foreclosure). Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission sind die Programme Vier und Vijf wichtige Einsatzfaktoren für Fernsehanbieter in Flandern und Brüssel und zwar sowohl für aktuelle als auch für künftig in den Markt eintretende Anbieter. Daneben bejahte die Kommission die Fähigkeit von Telenet, eine derartige Abschottungsstrategie alleine oder mit Unterstützung der anderen Anteilseigner von De Vijver Media zu verfolgen. Die Fähigkeit von Telenet, eine Abschottungsstrategie alleine durchzuführen, ergebe sich im Wesentlichen aus dem Shareholder Agreement der Anteilseigner von De Vijver Media, das ein Vetorecht in Bezug auf die Lizenzierung der Programme Vier und Vijf enthalte. Selbst wenn diese Möglichkeit

---

[136] Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der 42nd Annual conference on Internaitonal Antitrust Law and Policy, "Competition in telecom markets", Fordham University, 2. Oktober 2015, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2015.html, Abruf am 20. Juni 2016.

[137] EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Februar 2015, M.7194 – Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media. Vgl. auch Tz. 861 ff., 882 ff. in diesem Gutachten.

für Telenet aufgrund der Ausgestaltung von De Vijver Media als Gemeinschaftsunternehmen nicht gegeben sein sollte, könnte Telenet nach Ansicht der Europäischen Kommission die anderen Anteilseigner von der Umsetzung einer Abschottungsstrategie überzeugen. Dies gelte trotz der teilweise anders gelagerten Interessen von Corelio und W&W. Zwar sei keines dieser Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt aktiv und könne daher auch nicht von den dort aufgrund der Abschottungsstrategie anfallenden Gewinnen unmittelbar profitieren. Allerdings verband die Europäische Kommission mit einer Abschottungsstrategie nur geringfügig geringere Gewinne auf der Vorleistungsebene. Zudem gebe es für Telenet vielfältige Möglichkeiten, Corelio und W&W für die verringerten Einnahmen auf der Vorleistungsebene zu kompensieren, etwa durch direkte Zahlungen oder durch eine Erhöhung der von Telenet an De Vijver Media zu zahlenden Lizenzgebühren. Die Europäische Kommission stellte aufgrund ihrer qualitativen und quantitativen Analyse ferner fest, dass auch Anreize für Abschottungsstrategien bestünden.[138] Sie kam daher zu dem Schluss, dass sowohl eine vollständige wie auch eine teilweise Abschottung profitabel wäre.

894. In Bezug auf eine mögliche Kundenabschottung prüfte die Europäische Kommission, ob Telenet die Fähigkeit und Anreize besitze, die mit De Vijver Media konkurrierenden Programmanbieter wie Medialaan und VRT vollständig oder teilweise vom Zugang zu seiner Kabelplattform abzuschotten. Die Kommission verneinte entsprechende Anreize von Telenet zu einer vollständigen Kundenabschottung. Diese sei nicht profitabel, weil dadurch das Angebot von Telenet weniger attraktiv und das Unternehmen Abonnenten verlieren würde. Außerdem sei Telenet gesetzlich verpflichtet, die Programme von VRT bereitzustellen. Allerdings bestünden Anreize zu einer teilweisen Abschottung in Form einer Qualitätsreduzierung, z. B. durch eine ungünstigere Platzierung der Programme von Konkurrenten.

895. Positiv ist zu bewerten, dass De Vijver Media und Telenet bereits während des laufenden Verfahrens Verträge mit Fernseh- und Programmanbietern abgeschlossen hatten, die deren Zugang sicherstellten. De Vijver hatte einigen Fernsehanbietern Lizenzen für die Programme Vier und Vijf erteilt und zugesagt, bestehende Verträge zu verlängern. Telenet hatte seinen Vertrag mit VRT geändert, um eine Benachteiligung der Inhalte von VRT gegenüber denen von De Vijver zu verhindern. Zudem hatte Telenet angeboten, seinen Vertrag mit Medialaan entsprechend zu ändern. Im Übrigen verband die Europäische Kommission ihre Freigabeentscheidung mit der Verpflichtung, für die Dauer von sieben Jahren Fernsehanbietern auf Anfrage Lizenzen für die beiden Programme Vier und Vijf sowie für etwaige neue Standard-Pay-TV-Programme von De Vijver auf fairer und nicht diskriminierender Basis zu gewähren. In Bezug auf die Abschottung von Einsatzfaktoren verpflichtete sich Telenet, sein Angebot auf Verlängerung des Vertrags mit Medialaan für einen bestimmten Zeitraum aufrechtzuerhalten.

2.3.4.2 Abhilfemaßnahmen in der Telekommunikationsbranche

896. Der Berichtszeitraum war von einer weiteren Konsolidierung der Telekommunikationsbranche gekennzeichnet. Die angemeldeten Transaktionen betrafen Zusammenschlüsse zwischen Mobilfunkunternehmen und Festnetzanbietern jeweils untereinander sowie zwischen Mobilfunk- und Festnetzanbietern. Die Zusammenschlussvorhaben blieben auf Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat beschränkt, grenzüberschreitende Vorhaben waren nicht zu verzeichnen. Eine Reihe von Fällen gab die Europäische Kommission nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In den Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland[139] und Telefónica Deutschland/E-Plus[140] verpflichteten sich die Parteien jeweils zur Veräußerung von Netzkapazitäten an einen oder mehrere Betreiber von virtuellen Mobilfunknetzen (MVNO) und in einem zweiten Schritt zur Veräußerung von bestimmten Frequenzblöcken. In dem Verfahren Orange/Jazztel sagten die Parteien unter anderem zu, ein Glasfaserhausanschlussnetz (FTTH-Netz) zu veräußern.[141] In zwei weiteren Verfahren sah die Europäische Kommission die angebotenen Verpflichtungszusagen als ungenügend an.

---

[138] Vgl. Tz. 882 ff. in diesem Gutachten.

[139] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 837 ff., 861, 863 ff. in diesem Gutachten.

[140] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus. Vgl. auch Tz. 844 ff., 861, 863 ff., 878 ff. in diesem Gutachten.

[141] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2015, M.7421 – Orange/Jazztel. Vgl. auch Tz. 828 ff., 902 ff. in diesem Gutachten.

897. Der Zusammenschluss Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland führte den zweit- und viertgrößten Mobilfunknetzbetreiber Irlands zusammen. Auf dem Markt verblieben somit lediglich drei Netzbetreiber, das neue Unternehmen, Vodafone und Eircom. Als problematisch sah es die Wettbewerbsbehörde darüber hinaus an, dass Hutchison 3G, ein bislang sehr dynamischer Wettbewerber, nach dem Zusammenschluss geringere Anreize für aggressiven Wettbewerb hätte und hohe Marktzutrittshürden bestünden.

898. Hutchison 3G bot daher ein Verpflichtungspaket an, das im Wesentlichen folgende Komponenten enthielt. Ein Teil der Verpflichtungen zielte auf die Erleichterung des kurzfristigen Markteintritts von zwei MVNO ab. Hierzu verpflichtete sich Hutchison 3G, bis zu 30 Prozent der Netzkapazität des zusammengeschlossenen Unternehmens gegen einen Festbetrag an zwei MVNO in Irland zu verkaufen. Ein weiterer Teil der Zusagen zielte darauf ab, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt ein zusätzlicher vollwertiger Mobilfunknetzbetreiber etablieren könnte. Hierzu verpflichtete sich Hutchison 3G, fünf Frequenzblöcke zu veräußern, die ab Anfang 2016 für einen Zeitraum von zehn Jahren zur Verfügung stehen würden.

899. Auf die deutschen Mobilfunkmärkte wirkte sich der Zusammenschluss Telefónica Deutschland/E-Plus, der nach Ablehnung eines Verweisungsantrags von der Europäischen Kommission unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde, aus. Ihrer Einschätzung nach wirkte sich die Transaktion insbesondere auf dem Endkundenmarkt für mobile Telekommunikationsdienste aus. Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auch im Hinblick auf den Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau vorlag, ließ die Wettbewerbsbehörde mit Hinweis auf die abgegebenen Zusagenangebote offen.

900. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission verringerte sich aufgrund des Zusammenschlusses auf den Endkundenmärkten die Zahl der Netzbetreiber von vier auf drei, nämlich das neue Unternehmen, die Deutsche Telekom sowie Vodafone. Ferner waren die beteiligten Unternehmen besonders dynamische Wettbewerber, die nach dem Zusammenschluss weniger Anreize zu aggressivem Wettbewerb hätten. Letzteres gelte auch für die verbleibenden Netzbetreiber. Die auf dem Markt tätigen MVNO bzw. Diensteanbieter seien nicht in der Lage, ausreichenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Darüber hinaus seien die geltend gemachten Effizienzgewinne nicht hinreichend nachgewiesen. Die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission räumten die Parteien mit einem umfänglichen Zusagenpaket aus. Dieses sah unter anderem die Verpflichtung von Telefónica vor, mit bis zu drei MVNO oder Diensteanbietern kapazitätsbasierte Vereinbarungen zu schließen, womit diese 20 Prozent der Gesamtkapazität des Netzes des neuen Unternehmens erwerben würden. Daneben verpflichtete sich Telefónica, eine Reihe von Vermögenswerten und Diensten, insbesondere bestimmte Frenquenzpakete, an einen möglicherweise neu in den Markt eintretenden, vierten Netzbetreiber zu veräußern.

901. Die Monopolkommission hat sich bereits früher kritisch zu der Entscheidung der Europäischen Kommission geäußert.[142] In Bezug auf die Abhilfemaßnahmen hielt sie ausschließlich eine Verpflichtung zum Aufbau eines zusätzlichen unabhängigen Netzbetreibers für zielführend. Die Verpflichtung zur Veräußerung von Frequenzpaketen etc. führt ihrer Ansicht nach hingegen lediglich zu einer Option des Marktzutritts durch einen vierten Netzbetreiber. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Entwicklung hielt die Monopolkommission für sehr gering, weil ein neuer Netzbetreiber neben drei etablierten, ressourcenstarken Wettbewerbern kaum überwindbare Latecomer-Nachteile hätte. Aus diesem Grund wäre insoweit zumindest eine aufschiebende Bedingung der Freigabe (Upfront-buyer-Lösung) empfehlenswert gewesen. So hätte sichergestellt werden können, dass der Zusammenschluss erst vollzogen wird, nachdem ein wettbewerbsfähiger Erwerbsinteressent gefunden und sichergestellt worden wäre, dass die Bundesnetzagentur diesem die relevanten Frequenzen zugewiesen hätte. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Veräußerung eines bestimmten Kapazitätsumfangs ist grundsätzlich positiv zu bewerten, dass insoweit eine Upfront-Lösung gewählt worden ist. Positiv ist auch zu beurteilen, dass die Vereinbarung den Erwerb eines bestimmten Kapazitätsumfangs beinhalten sollte. Aus dem Vorab-Erwerb dieser Kapazitäten resultiert ein starker Anreiz, das eigene Geschäft auszuweiten und die erworbenen Kapazitäten auszulasten. Anders als bei dem sonst in Deutschland üblichen „Pay-as-you-go-Modell, bei dem die MVNO den Netzbetreibern eine Gebühr in Abhängigkeit von der tatsächlichen Nutzung durch ihre Kunden zahlen, erlaubt die gewählte Ausgestaltung somit eine partielle Annäherung des herkömmlichen MVNO-Zugangsmodells an

---

142 Monopolkommission, Sondergutachten 73, a. a. O., Tz. 112 ff, 120 ff.

das Geschäftsmodell eines Netzbetreibers. Dennoch bleiben die MVNO bzw. Diensteanbieter, die entsprechende Vereinbarungen abschließen, in Bezug auf die Netzqualität, die verwendeten Technologien etc. von dem zusammengeschlossenen Unternehmen abhängig. Zudem verschlechtern sich ihre Verhandlungsposition und Auswahlmöglichkeiten durch die Verringerung der Zahl der Netzbetreiber, mit denen sie Zugangsvereinbarungen treffen könnten. In dieser Konstellation war nach Auffassung der Monopolkommission nicht mit nennenswertem Wettbewerbsdruck seitens der MVNO zu rechnen.

902. In dem Verfahren Orange/Jazztel befürchtete die Europäische Kommission negative Wettbewerbswirkungen auf den spanischen Endkundenmärkten für Festnetz-Internetzugang. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission führte der Zusammenschluss den dritt- und viertstärksten Anbieter von Festnetztelekommunikationsdiensten in Spanien zusammen. Weiterhin seien die Parteien besonders dynamische Wettbewerber, die mehr Neukunden gewonnen hätten, als dies ihren Marktanteilen nach anzunehmen gewesen wäre und die als einzige der landesweit tätigen Anbieter ihre Marktanteile in den letzten Jahren beträchtlich erhöhen konnten. Zudem stellte die Europäische Kommission hohe Marktzutrittshürden fest. Die von den Parteien geltend gemachten Effizienzgewinne reichten nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht aus, um die angenommenen negativen Wirkungen der Transaktion auszugleichen.

903. Um den Bedenken der Wettbewerbsbehörde zu begegnen, verpflichteten sich die Parteien zur Veräußerung eines unabhängigen FTTH-Netzes, das eine vergleichbare Größe wie das FTTH-Netz von Orange vor dem Zusammenschluss aufwies. Daneben traten Zugangsverpflichtungen hinsichtlich des ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line)-Netzes von Jazztel sowie des Mobilfunknetzes einschließlich 4G-Diensten von Orange. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass die Abhilfemaßnahmen sicherstellen, dass ein vierter landesweit tätiger Anbieter in den spanischen Markt eintreten würde, der wirksamen Wettbewerb betreiben könne, und gab den Zusammenschluss mit entsprechenden Abhilfemaßnahmen frei.

904. Als nicht ausreichend sah die Europäische Kommission die Zusagenangebote der beteiligten Unternehmen in den Verfahren Teliasonera/Telenor/JV und Hutchison 3G UK/Telefónica UK an. Das Verfahren Teliasonera/Telenor/JV endete am 11. September 2015 mit einer Rücknahme der Anmeldung. Das Zusammenschlussvorhaben Hutchison 3G UK/Telefónica UK wurde im Mai 2016 untersagt.[143]

905. Der Zusammenschluss Teliasonera/Telenor/JV hätte nach Ansicht der Europäischen Kommission zu negativen Wettbewerbswirkungen auf dem dänischen Mobilfunkmarkt geführt.[144] Mit dem Zusammenschluss wären die Parteien größter Anbieter geworden, der gemeinsam mit dem nächst größeren Anbieter TDC über ca. 80 Prozent der Marktanteile verfügt hätte. Außerdem betrieben die Zusammenschlussparteien gemeinsam ein Mobilfunknetz, das eine ähnlich hohe Qualität wie die des Netzes von TDC aufwies. Daneben gab es nur noch einen weiteren Mobilfunknetzbetreiber. Negative Wirkungen hielt die Europäische Kommission sowohl hinsichtlich der Endkunden- wie auch der Großhandelsmärkte für wahrscheinlich. Darüber hinaus befürchtete sie koordinierte Effekte zumindest auf den Märkten für private Endkunden. Im Ergebnis hätte der Zusammenschluss ihrer Auffassung nach zu höheren Preisen und weniger Innovation geführt.

906. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission wäre der Marktzutritt eines vierten Mobilfunknetzbetreibers notwendig gewesen, um die festgestellten negativen Wirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen. Anders als in vorausgegangenen Verfahren stellte sie auf den Marktzutritt eines Netzbetreibers ab und hielt den Zutritt eines weiteren oder die Stärkung eines bestehenden virtuellen Netzbetreibers nicht für ausreichend. Da die von den Parteien angebotenen Zusagen nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht genügten, um den Aufbau eines vierten Netzbetreibers zu erreichen, nahmen die Parteien ihre Anmeldung zurück.

---

143 EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Mai 2016, M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Die Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht, vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 11. Mai 2016, IP/16/1704.

144 Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der 42nd Annual conference on Internaitonal Antitrust Law and Policy, "Competition in telecom markets", Fordham University, 2. Oktober 2015, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2015.html, Abruf am 20. Juni 2016.

907. In dem Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica UK ergaben sich Wettbewerbsbedenken auf dem britischen Mobilfunkmarkt. Durch den Zusammenschluss hätte sich die Zahl der Mobilfunknetzbetreiber von vier auf drei verringert. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission hätte der verringerte Wettbewerb wahrscheinlich höhere Preise sowie eine geringere Auswahl und Qualität für die Verbraucher zur Folge gehabt. Außerdem ging die Europäische Kommission von einer Behinderung der künftigen Entwicklung der gesamten Mobilfunknetzinfrastruktur aufgrund des Zusammenschlusses aus. Darüber hinaus hätten die virtuellen Mobilfunknetzbetreiber für den Betrieb ihrer Geschäftsmodelle nach dem Zusammenschluss auf weniger Netzbetreiber zurückgreifen können und in der Folge eine schlechtere Ausgangslage bei der Aushandlung von Zugangsbedingungen auf der Vorleistungsebene gehabt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die angebotenen Zusagen nicht ausreichend, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Unter anderem genügten die Zusagen, mit denen die Entwicklung der bestehenden virtuellen Mobilfunkbetreiber gefördert bzw. der Markteintritt neuer Anbieter unterstützt werden sollte, nicht. Die Europäische Kommission betonte insofern, dass auch im Falle der Annahme dieser Zusagenangebote weiterhin die grundsätzliche wirtschaftliche und technische Abhängigkeit der MVNO von den Netzbetreibern bestanden hätte und die MVNO nur begrenzte Möglichkeiten oder Anreize gehabt hätten, ihr Angebot etwa in Bezug auf die Netzqualität zu differenzieren.

908. Die Monopolkommission begrüßt die strengere Haltung der Europäischen Kommission im Hinblick auf Abhilfemaßnahmen im Telekommunikationssektor. Bezüglich der Effektivität von Abhilfemaßnahmen, die lediglich zum Aufbau eines neuen oder zur Stärkung eines bereits auf dem Markt tätigen virtuellen Netzwerkbetreibers verpflichten, bestehen aus den oben genannten Gründen Zweifel. Die Europäische Kommission hat diese Bedenken jedenfalls in den beiden erwähnten Verfahren aufgegriffen und ihre Entscheidungspraxis entsprechend modifiziert. Ihr weiteres Vorgehen im Hinblick auf diesen Aspekt bleibt abzuwarten.

2.3.4.3 Erhalt des Innovationswettbewerbs

909. Im Berichtszeitraum hatte die Europäische Kommission in einigen Fällen Anlass, sich mit den Auswirkungen der geplanten Transaktionen auf den Innovationswettbewerb auseinander zu setzen. Betroffen waren einerseits die Märkte für Hochleistungs-Gasturbinen in dem Verfahren General Electric/Alstom, andererseits die Märkte für Medizingerätetechnik (Medtronic/Covidien) und die Pharmabranche (Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business, Pfizer/Hospira). In den genannten Fällen bestätigte die Europäische Kommission ihre frühere Entscheidungspraxis, wonach Produkte, die sich noch in der Entwicklung befinden (sogenannte Pipeline-Produkte), unter bestimmten Umständen bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden müssen. In dem Verfahren Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business entwickelte die Europäische Kommission ihre Grundsätze zur Beurteilung von Innovationswettbewerb weiter.

910. In dem Verfahren General Electric/Alstom, das nach Durchführung des Zweite-Phase-Verfahrens am 8. September 2015 mit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen abgeschlossen wurde, prüfte die Europäische Kommission in erster Linie die Märkte für den Verkauf und die Wartung von Hochleistungs-Gasturbinen mit 50 Hz Frequenz.[145] Nach den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde sind auf den Märkten nur vier global aufgestellte, technologisch umfassend ausgerüstete Wettbewerber tätig, neben den Zusammenschlussparteien noch Siemens und Mitsubishi Hitachi Power Systems. Bedenken gegen das Vorhaben ergaben sich unter anderem aus den hohen gemeinsamen Marktanteilen der Parteien und ihrer wettbewerblichen Nähe. Daneben hätte der Zusammenschluss nach Einschätzung der Europäischen Kommission zum Wegfall von Innovationswettbewerb geführt. Insbesondere bestand die Gefahr, dass bestimmte Turbinenmodelle von Alstom eingestellt worden und das fortschrittlichste Turbinenmodell unter Umständen gar nicht auf den Markt gelangt wäre. Die Parteien verpflichteten sich daher zur Abgabe der technologisch fortschrittlichsten Bereiche der Hochleistungs-Gasturbinen-Sparte von Alstom und des entsprechenden Personals aus der F&E-Abteilung und unterschrieben – im Rahmen einer Up-front- und Fix-it-first-Verpflichtung – bereits am 31. Oktober 2014 eine entsprechende Vereinbarung mit einem Erwerber.

[145] EU-Kommission, Entscheidung vom 8. September 2015, M.7278 – General Electric/Alstom (Thermal Power- Renewable Power & Grid Business).

911. In dem Zusammenschlussvorhaben Medtronic/Covidien überschnitten sich die Tätigkeiten der beiden Parteien auf den Märkten für periphere Gefäßkatheter und elektrochirurgische Instrumente.[146] Bedenken äußerte die Wettbewerbsbehörde lediglich hinsichtlich des Marktes für medikamentenbeschichtete Ballonkatheter. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass Covidien zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch nicht auf dem Markt tätig war, sich allerdings in einem fortgeschrittenen Entwicklungsprozess für ein neues Produkt – Stellarex – befand.

912. Die Europäische Kommission machte zunächst einige allgemeine Ausführungen zur Berücksichtigung von Pipeline-Produkten. Nach den Horizontal-Leitlinien könnten nicht nur Zusammenschlüsse zwischen aktuellen Wettbewerbern, sondern auch zwischen einem aktuellen und einem potenziellen Wettbewerber wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweisen. Davon zu unterscheiden sei die vorliegende Situation, in denen ein aktueller Wettbewerber mit einem Unternehmen fusionieren wolle, das über ein Pipeline-Produkt verfüge. Die Zusammenschlussparteien seien hier weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenten. Als potenzieller Konkurrent im Sinn der Horizontal-Leitlinien sei nur ein Unternehmen anzusehen, das zwar noch nicht auf dem relevanten Markt tätig sei, jedoch bei einem Preisanstieg zeitnah eintreten könne. Diese Situation sei nicht mit der Situation vergleichbar, in der dem Marktzutritt ein behördlicher Genehmigungsprozess vorangehe, da sich Wettbewerbsdruck dann erst mit der Genehmigung bzw. mit dem tatsächlichen Marktzutritt entfalten könne. Daraus zog die Europäische Kommission den Schluss, dass im vorliegenden Fall als Maßstab für die wettbewerbliche Beurteilung der Ausschluss künftigen Wettbewerbs zugrunde zu legen sei. In diesem Fall müssten die in den Horizontal-Leitlinien für die Beurteilung eines Wettbewerbsausschlusses zwischen aktuellen Konkurrenten genannten Kriterien – bis auf das Marktanteilskriterium – herangezogen werden.

913. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission war Medtronic bereits vor dem Zusammenschluss klarer Marktführer in den meisten EWR-Staaten. Daneben existierten nur wenige Wettbewerber, die lediglich geringen Wettbewerbsdruck ausübten. Covidien sei zwar derzeit nicht auf dem Markt aktiv, die Europäische Kommission hielt es indes für hinreichend sicher, dass das Unternehmen mit Stellarex ein Produkt entwickle, das nach dem Abschluss des behördlichen Prüfverfahrens kurzfristig, d. h. Ende 2014/Anfang 2015 auf den Markt kommen würde. Nach dem Ergebnis der Marktuntersuchung sei Stellarex Teil der nächsten Generation von medikamentenbeschichteten Ballonkathetern, das auf dem noch jungen, aber wachsenden Markt als vielversprechend gelte. Die Ermittlungen der Europäischen Kommission hätten ergeben, dass der Markteintritt von Stellarex eine ernsthafte Herausforderung für Medtronic darstellen werde.

914. Auf der Grundlage interner Dokumente der Parteien gelangte die Europäische Kommission ferner zu der Einschätzung, dass Covidien ohne den Zusammenschluss den Markteintritt seines Produkts Stellarex weiter vorantreiben würde. Dafür sprächen zum einen die hohen, bereits getätigten Investitionen, zum anderen die intern geäußerten Erwartungen zu Marktanteilsentwicklungen in Höhe von 20 bis 30 Prozent bis 2018. Aus den internen Dokumenten von Medtronic gehe hingegen hervor, dass die Entwicklung von Stellarex nach dem Zusammenschluss gestoppt werden würde. Die bedingungslose Freigabe der angemeldeten Transaktion würde deshalb einen ernst zu nehmenden Wettbewerber ausschalten und den Innovationswettbewerb hemmen.

915. Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, verpflichtete sich Medtronic zum Verkauf des weltweiten Stellarex-Geschäfts von Covidien einschließlich Produktionsanlagen, von Eigentumsrechten, Personal sowie allen Materialien, die für den Abschluss der behördlichen Prüfungen notwendig sind. Daneben trat eine befristete Belieferungsverpflichtung gegenüber dem künftigen Erwerber von Stellarex. Da Covidien den relevanten Geschäftsbereich selbst erst im Januar 2013 erworben hatte, hielt die Europäische Kommission seine Abtrennung und Veräußerung auch für einfach durchführbar. Unter den genannten Bedingungen und Auflagen gab die Europäische Kommission das Vorhaben in der ersten Verfahrensphase frei.

916. Pipeline-Produkte standen auch im Mittelpunkt der wettbewerblichen Beurteilung in dem Zusammenschluss Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business (GKS), den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen genehmigte. Das Vorhaben hätte nach Einschätzung der Europäischen Kommission negative Auswirkungen auf die Märkte für sogenannte BRAF- und MEK-Hemmer für verschiedene Krebsarten gehabt. BRAF-

[146] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. November 2014, M.7326 – Medtronic/Covidien.

und MEK-Hemmer sind Stoffe, welche die für das Wachstum und das Fortschreiten von Tumoren verantwortliche Zellvermehrung hemmen.

917. Auf dem Markt für BRAF- und MEK-Hemmer für die Einzeltherapie von fortgeschrittenem Hautkrebs stehen sich nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission GSK und Roche als einzige aktuelle Wettbewerber gegenüber. Daneben befänden sich der BRAF-Hemmer LGX818 und der MEK-Hemmer MEK162 von Novartis in einem fortgeschrittenen Stadium der Entwicklung, in der sogenannten Phase III der klinischen Tests. Kein weiteres Unternehmen habe bei der Entwicklung vergleichbarer Produkte Phase III erreicht. Für die kombinierte Therapie mit BRAF- und MEK-Hemmern sei Roche der einzige aktuelle Anbieter, wohingegen Novartis und GSK jeweils die Phase III der klinischen Tests durchliefen. Die Europäische Kommission hielt es für wahrscheinlich, dass in naher Zukunft Roche, GSK und Novartis als Anbieter von Einzel- und kombinierten Therapien auftreten würden. Dagegen ging ihrer Auffassung nach kein Wettbewerbsdruck von Unternehmen aus, deren Produkte sich in einer früheren Entwicklungsphase als Phase III der klinischen Tests befinden.

918. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission hätten die BRAF- und MEK-Hemmer von Novartis und GSK ohne den Zusammenschluss in Zukunft Wettbewerbsdruck aufeinander ausgeübt. Durch den Zusammenschluss würde hingegen die Zahl der Unternehmen, die BRAF- und MEK-Hemmer für fortgeschrittenen Hautkrebs entwickeln und vermarkten, von drei auf zwei verringert. Der einzig verbleibende Wettbewerber Roche könnte nach dem Zusammenschluss keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck ausüben. Zudem würde die geplante Transaktion zu einer Einschränkung von Innovation führen, weil Novartis wahrscheinlich sein Programm zur Entwicklung und Genehmigung des BRAF-Hemmers LGX818 und des MEK-Hemmers MEK162 zugunsten der Pipeline-Produkte von GSK einstellen würde.

919. Darüber hinaus prüfte die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb, wobei sie die voraussichtliche Rolle der beiden genannten Hemmer-Typen bei der Behandlung anderer Krebsarten in Rechnung stellte. Die Europäische Kommission berücksichtigte insofern auch Pipeline-Produkte von Novartis und GSK in früheren Phasen, Phase I und II, der klinischen Tests. Die Europäische Kommission führte in diesem Zusammenhang aus, dass sich ein Zusammenschluss nicht nur auf den Wettbewerb auf bestehenden Märkten auswirken könne, sondern auch auf den Innovationswettbewerb und auf neue Produktmärkte.[147] Letzteres betreffe die Konstellationen, in denen Unternehmen neue Produkte oder Technologien entwickelten, die entweder bereits existierende ersetzen oder die für neue Einsatzgebiete entwickelt werden und daher eine völlig neue Nachfrage schaffen würden. Auch nach den Horizontal-Leitlinien könne effektiver Wettbewerb durch den Zusammenschluss von zwei wichtigen Innovatoren erheblich behindert werden.[148] Bei dieser Art von Innovationswettbewerb könne die Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nicht ausreichend gewürdigt werden, wenn sich die Beurteilung auf den aktuellen oder potenziellen Wettbewerb auf bestehenden Märkten beschränke.

920. Im vorliegenden Fall müsse die Frage, ob die Zusammenschlussparteien im Wettbewerb um Innovationen stehen, anhand des Substitutionspotenzials ihrer jeweiligen Pipeline-Produkte und anhand der erreichten Phase des klinischen Forschungsprogramms beantwortet werden. Der Grad der Substituierbarkeit lasse sich anhand der Produktcharakteristika und des beabsichtigtem Therapieziels – insbesondere des Wirkmechanismus und des zu behandelnden Krebstyps – feststellen. Unter Heranziehung dieser Kriterien kam die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass die klinischen Forschungsprogramme von Novartis und GSK in Bezug auf bestimmte Krebsarten im Wettbewerb miteinander stehen.

921. Daher würde die geplante Transaktion zwei der drei derzeit konkurrierenden klinischen Forschungsprogramme zusammenführen. Nach dem Zusammenschluss bestünde für das neue Unternehmen kein Anreiz mehr, sich intern Wettbewerb bei der klinischen Forschung zu machen oder seine neuen Produkte zu differenzieren. Die Europäische Kommission ging deshalb davon aus, dass das angemeldete Vorhaben wahrscheinlich nicht nur zur Einstellung der derzeitigen Bestrebungen von Novartis zur Einführung einer Hautkrebs-Kombinationstherapie mit LGX818 und MEK162, sondern auch zum Abbruch des umfassenderen klinischen Programms bezüglich anderer Krebsarten führen würde.

---

[147] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 8.

[148] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 38.

922. Der auf diese Weise reduzierte Innovationswettbewerb führe im Wesentlichen zu zwei negativen Auswirkungen für Patienten, Ärzte und Gesundheitssysteme. Zum einen sei künftig mit einer geringeren Anzahl neuer Produkte und höheren Preisen zu rechnen. Zum zweiten stünden künftig wahrscheinlich weniger differenzierte Produkte zur Verfügung.

923. Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, verpflichtete Novartis sich, seine Rechte an MEK162 an den Eigentümer und Lizenzgeber Array zurückzugeben und die Rechte an LGX818 an Array zu veräußern. Da Array nicht die Expertise und Größe besaß, die entsprechenden klinischen Forschungsprogramme weiterzuführen und die Produktvermarktung zu übernehmen, war die Erfüllung der Abhilfemaßnahme an den Abschluss einer Vereinbarung zur gemeinsamen Entwicklung und Vermarktung zwischen Array und einem geeigneten Pharmaunternehmen gekoppelt, um die Weiterentwicklung und Vermarktung der beiden Hemmstoffe zu gewährleisten. Daneben bestand die befristete Verpflichtung von Novartis zur Unterstützung Array`s im Hinblick auf die Durchführung des klinischen Forschungsprogramms.

924. Die Europäische Kommission führte im vorliegenden Fall ihre langjährige Praxis fort, Pipeline-Produkte in der Pharmabranche, die sich bereits in Phase III der klinischen Tests befinden, bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen.[149] Die Europäische Kommission schätzt die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts unter diesen Umständen als so hoch ein, dass negative Wirkungen eines geplanten Zusammenschlusses durch den Ausschluss künftigen Wettbewerbs gegeben sein können.[150] Da Phase III ca. drei Jahre vor einer möglichen Markteinführung beginnt, hält die Europäische Kommission bei Einbeziehung derartiger Pipeline-Produkte den in der Fusionskontrolle üblichen Prognosezeitraum ein.

925. Anders als in früheren Fällen prüfte die Europäische Kommission darüber hinaus die spezifischen Auswirkungen des Vorhabens auf den Innovationswettbewerb zwischen den Fusionsbeteiligten und berücksichtigte insofern auch Produkte in einem früheren Entwicklungsstadium als Phase III. Die Monopolkommission begrüßt die stärkere Fokussierung der Europäischen Kommission auf den Innovationswettbewerb. Zwar besteht bei Pipeline-Produkten in frühen Entwicklungsstadien eine höhere Unsicherheit bezüglich ihrer Markteinführung als bei Pipeline-Produkten, die sich bereits in fortgeschrittenen Entwicklungsstadien befinden. Allerdings ist der Europäischen Kommission darin zuzustimmen, dass jedenfalls die Reduzierung der Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen bzw. die Aufgabe eines Forschungsprogramms notwendiger Weise zum Fehlschlagen des Marktzugangs führt. Gegen das Vorgehen der Europäischen Kommission spricht auch nicht, dass ein möglicher Marktzutritt aufgrund des frühen Entwicklungsstadiums des Pipeline-Produkts nicht mehr in den üblichen Prognosezeitraum von zwei bis vier Jahren fallen dürfte. Der Prognosezeitraum bleibt jedenfalls in Bezug auf die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb selbst gewahrt, da die mögliche Aufgabe oder Reduzierung eines Forschungsprojekts in der Regel zeitnah zum Vollzug eines Zusammenschlusses erfolgen dürfte.

926. Zu begrüßen ist, dass die Europäische Kommission die Abhilfemaßnahmen in allen dargestellten Fällen als Veräußerungsverpflichtungen ausgestaltet hat. Zur Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen dürfte beitragen, dass – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – auch der Übergang des Personals, der Produktionsanlagen sowie der Unterlagen und Materialien, die für den Abschluss der behördlichen Prüfungen notwendig sind, zugesagt wurde. Positiv können sich in diesem Zusammenhang ferner befristete Belieferungsvereinbarungen oder sonstige Maßnahmen zur Unterstützung des Erwerbers beim Abschluss der Entwicklungsphase auswirken.

927. Als problematisch könnte es hingegen anzusehen sein, wenn – wie in dem Verfahren Novartis/GSK – die Erfüllung der Abhilfemaßnahme von einem unbeteiligten Dritten abhängig ist. Die Verpflichtung zur Rückgabe bzw. zur Veräußerung der Lizenzen an Array wurde daran gekoppelt, dass das Unternehmen eine Vereinbarung mit einem dritten Pharmaunternehmen zur Weiterentwicklung und Vermarktung der betroffenen Pipeline-Produkte schließt. Offen ist,

---

[149] EU-Kommission, Entscheidung vom 29. Juli 2011, M.6278 – Takeda/Nycomed, Tz. 10 ff.; Entscheidung vom 3. August 2010, M. 5865 – Teva/Ratiopharm, Tz. 429 ff.; Entscheidung vom 22. Mai 2000, M.1878 – Pfizer/Warner-Lambert, Tz. 42, Entscheidung vom 8. Mai 2000, M.1846 – Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham, Tz. 70; Entscheidung vom 4. Februar 1998, M.737 – Ciba-Geigy/Sandoz, Tz. 42. Vgl. auch EU-Kommission, Entscheidung vom 4. August 2015, M. 7559 – Pfizer/Hospira, Tz. 13, 50, 62, 67.

[150] Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission liegt das Risiko, in Phase III zu scheitern, bei über 50 Prozent, EU-Kommission, Entscheidung vom 22. Mai 2000, M.1878 – Pfizer/Warner-Lambert, Tz. 42.

ob die geforderte Vereinbarung mit einem geeigneten und wettbewerbsfähigen Unternehmen überhaupt zustande kommt. Die Europäische Kommission lässt es insoweit ausreichen, dass jedenfalls ein Unternehmen im Zuge der Ermittlungen ein nicht bindendes Interesse am Abschluss einer solchen Vereinbarung geäußert hat. In einer solchen Konstellation wäre es – ähnlich wie bei reinen Veräußerungsverpflichtungen – vorzugswürdig, von den Zusammenschlussparteien eine up-front-Vereinbarung mit dem dritten Unternehmen zu fordern. Im vorliegenden Fall dürfte die dargestellte Problematik durch den Umstand abgemildert sein, dass für den Fall, dass die Vereinbarung nicht innerhalb einer bestimmten Frist zustande kommt, ein Verkaufs-Treuhänder eingeschaltet wird, der die Lizenzen für die beiden relevanten Pipeline-Produkte an einen Dritten veräußern soll.

2.4 Rechtsprechung

928. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 hat der Gerichtshof der Europäischen Union nur eine begrenzte Anzahl von Urteilen mit Bezug zur europäischen Fusionskontrolle erlassen. Dem Urteil in der Sache Éditions Odile Jacob SAS gegen die Europäische Kommission lag das Zusammenschlussverfahren Lagadère/Natexis/Vivendi Universal Publishing (VUP) zugrunde, das die Europäische Kommission im Jahr 2004 unter der Maßgabe freigegeben hatte, dass erhebliche Vermögenswerte von VUP veräußert werden.[151] Mit ihrer Klage wendete sich die Gesellschaft Éditions Odile Jacob SAS, die selbst Interesse an dem Erwerb dieser Vermögenswerte geäußert hatte, zum zweiten Mal gegen die Zulassung eines anderen Unternehmens als Erwerber durch die Europäischen Kommission. Nachdem die erste hierauf gerichtete Klage von Éditions Odile Jacob SAS im Jahr 2011 erfolgreich gewesen war, hat das Gericht die Klage gegen die erneute Zulassungsentscheidung der Europäischen Kommission nunmehr abgewiesen.[152] Das Urteil wurde am 28. Januar 2016 vom Gerichtshof bestätigt.[153]

929. Mit Urteil vom 13. Mai 2015 wies das Gericht die Nichtigkeitsklage der Fluggesellschaft Niki Luftfahrt gegen die bedingte Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in dem Zusammenschlussverfahren Lufthansa/Austrian Airlines ab.[154] Mit der Klage hatte Niki Luftfahrt unter anderem die von der Wettbewerbsbehörde vorgenommene Marktabgrenzung, die wettbewerbliche Beurteilung sowie die auferlegten Abhilfemaßnahmen gerügt. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Gericht das Vorgehen der Europäischen Kommission, im Sektor Passagierverkehrslinienflüge einen „Ausgangsort-Zielort“-Ansatz bei der räumlichen Marktabgrenzung anzulegen, in vollem Umfang bestätigte.[155]

930. Das Urteil des Gerichts in der Sache Deutsche Börse AG gegen Europäische Kommission erging am 9. März 2015.[156] Dem Gerichtsverfahren lag die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 1. Februar 2012 zugrunde, mit dem der geplante Zusammenschluss zwischen Deutsche Börse AG und New York Stock Exchange (NYSE) untersagt worden war.[157] Nach Auffassung der Europäischen Kommission hätte die Transaktion zu einer beherrschenden Stellung bzw. einer Quasimonopolstellung des neuen Unternehmens auf mehreren Märkten geführt. Am 12. April 2012 erhob Deutsche Börse Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission und stützte diese auf drei Klagegründe.

---

[151] EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Januar 2004, M.2978 – Lagadère/Natexis/VUP; Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 5. September 2014, T-471/11 – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:T:2014:739.

[152] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. September 2010, T-452/04 – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:T:2010:384.

[153] Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 28. Januar 2016, C-514/14/P – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:C:2016:55.

[154] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. August 2009, M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines; Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. Mai 2015, T-162/10 – Niki Luftfahrt/Kommission, ECLI:EU:T:2015:283.

[155] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. Mai 2015, T-162/10 – Niki Luftfahrt/Kommission, ECLI:EU:T:2015:283, Rz. 139 ff.; hierzu früher schon Gericht der Europäischen Union, Urteile vom 19. Mai 1994, T-2/93 – Air France/Kommission, ECLI:EU:T:1994:55, Rz. 84 und vom 4. Juli 2006, T-177/04 – easyJet/Kommission, ECLI:EU:T:2006/187, Rz. 56.

[156] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 9. März 2015, T-175/12 – Deutsche Börse/Kommission, ECLI:EU:T:2015:148.

[157] EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext.

931. Mit dem ersten Klagegrund machte die Klägerin geltend, dass die Europäische Kommission den horizontalen Wettbewerbsdruck, dem die Verfahrensbeteiligten unterlägen, nicht zutreffend beurteilt habe. In diesem Zusammenhang wendete sie sich unter anderem gegen die Einschätzung der Europäischen Kommission, wonach der börsliche und außerbörsliche Handel mit Derivaten separate Märkte darstellten. Zudem kritisierte sie den Verzicht der Europäischen Kommission auf Durchführung einer quantitativen Untersuchung. Schließlich habe die Wettbewerbsbehörde den bestehenden Druck der Nachfrageseite nicht ausreichend berücksichtigt.

932. Mit dem zweiten Klagegrund rügte die Klägerin die behördliche Bewertung der von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Effizienzvorteile. Der dritte Klagegrund richtete sich gegen die Ablehnung der von den Zusammenschlussparteien angebotenen Abhilfemaßnahmen durch die Europäische Kommission. Beide genannten Klagegründe enthielten außerdem den Vorwurf der Verletzung von Verteidigungsrechten seitens der Wettbewerbsbehörde.

933. Das Gericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Es kritisierte in diesem Zusammenhang an mehreren Stellen des Urteils, dass die Klägerin ihre Einwendungen nicht ausreichend substanziiert und zum Teil nur reine Behauptungen aufgestellt habe.[158] Zudem bestätigte das Gericht die bisherige Rechtsprechung, wonach eine Klage abzuweisen ist, wenn mit den geltend gemachten Gründe nur einzelne Bewertungen der Wettbewerbsbehörde angegriffen werden, die nicht angegriffene Argumentation der Wettbewerbsbehörde die Entscheidung aber dennoch trägt. Dies ist z. B. der Fall, wenn Marktabgrenzung oder Beurteilung in Bezug auf einen bestimmten sachlichen und räumlichen Markt kritisiert wird, die Wettbewerbsbehörde aber erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen auch auf anderen Märkten festgestellt hat und diese Bewertung nicht gerügt wurde. Allerdings verneinte das Gericht im vorliegenden Fall – anders als die Europäische Kommission – die Effektivität der Klage nicht. Zur Begründung führte es aus, dass unter anderem die Verletzung von Verteidigungsrechten gerügt worden war, sodass die Nichtigkeit der gesamten Entscheidung nicht von vornherein auszuschließen sei. Des Weiteren bestehe im vorliegenden Fall die Möglichkeit, dass sich die vorgetragene Kritik an einem bestimmten Markt auch auf die Bewertung anderer untersuchter Märkte auswirken würde, da die jeweiligen Argumentationen in der Entscheidung der Europäischen Kommission Bezüge zueinander aufwiesen. Daneben könnten jedenfalls die Klagegründe, die den Effizienzeinwand und die Abhilfemaßnahmen beträfen, zu einer Nichtigkeit der Entscheidung führen, da sich diese nicht auf einen spezifischen Markt bezögen.

934. Das Gericht setzte sich daneben mit der Frage auseinander, ob die Europäische Kommission im behördlichen Verfahren verpflichtet war, der Forderung der Zusammenschlussparteien nach Durchführung einer quantitativen Analyse nachzukommen. Gegenstand dieser Analyse sollte die Frage sein, ob die Parteien durch ihre jeweilige Gebührensetzung Wettbewerbsdruck aufeinander ausübten. Das Gericht bestätigte die bisherige Rechtsprechung, wonach es keine Hierarchie zwischen Beweismitteln technischer und nicht-technischer Natur gibt.[159] Vielmehr sei es Aufgabe der Europäischen Kommission, bei der Bewertung eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Hierbei sei die Kommission grundsätzlich befugt, bestimmte Beweismittel schwerer und andere Beweismittel weniger schwer zu gewichten.

935. Das Gericht untersuchte allerdings, ob die Europäische Kommission die Geeignetheit einer quantitativen Untersuchung im vorliegenden Fall zu Recht abgelehnt hatte und nachvollziehbar zu dem Schluss gekommen war, dass eine solche Analyse unter anderem wegen des Fehlens der erforderlichen Preisdaten nicht aussagekräftig sei. Nach den Feststellungen des Gerichts hat die Klägerin insoweit keine Beweismittel übermittelt, welche die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten zum Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens belegt hätten, sondern lediglich behauptet, dass die Einschätzung der Kommission fehlerhaft sei. Weiterhin stellte das Gericht fest, dass die Zusammenschlussparteien der Wettbewerbsbehörde den Verzicht auf eine quantitative Analyse nicht vorwerfen können, wenn sie während des behördlichen Verfahrens zwar dargelegt haben, dass sie die erforderlichen Daten übermitteln können, diese Übermittlung aber letztlich unterlassen. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang den Zusammenschlussparteien die Pflicht zu, der Europäischen Kommission alle Informationen in Bezug auf die von ihnen geforderte quantitative Analyse vor-

[158] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 9. März 2015, T-175/12 – Deutsche Börse/Kommission, ECLI:EU:T:2015:148, Rz. 85, 96, 97, 140. 142, 185, 187, 195, 203 ff., 207, 215, 225, 371.

[159] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 6. Juli 2010, T-342/07 – Ryanair/Kommission, ECLI:EU:T:2010:280, Rz. 136.

zulegen. Im Ergebnis hielt das Gericht die Vorgehensweise der Europäischen Kommission für ausreichend, eine Marktuntersuchung vorzunehmen, bei der umfangreiche Informationen von einer erheblichen Zahl von relevanten Marktteilnehmern gesammelt wurden, sowie eine erhebliche Anzahl von internen Dokumenten der Parteien aus der Zeit vor dem Zusammenschluss zu untersuchen.

936. In Bezug auf den geltend gemachten Effizienzeinwand führte die Klägerin unter anderem an, dass die Schlussfolgerung der Europäischen Kommission, das zusammengeschlossene Unternehmen könne zumindest einen Teil der Effizienzgewinne, die bei den Kunden anfallen würden, wieder zurückerlangen („claw-back“-Theorie der Europäischen Kommission), nicht von den Horizontal-Leitlinien gedeckt sei. Das Gericht folgte dieser Argumentation nicht. Seiner Auffassung nach schließen die Horizontal-Leitlinien die Berücksichtigung des Umstands nicht aus, dass zwar möglicherweise gewisse Kosteneinsparungen aufseiten der Verbraucher anfallen, diese aber – zumindest teilweise – von dem zusammengeschlossenen Unternehmen wieder zurückgewonnen werden können. Eine Beachtung als Effizienzen im Fusionskontrollverfahren komme hinsichtlich des letztgenannten Teils der Kosteneinsparungen nicht in Betracht. Zur Begründung führte das Gericht an, dass die Horizontal-Leitlinien keinen Hinweis darauf enthielten, dass eine derartige Vorgehensweise bei der Prüfung des Effizienzeinwands unzulässig sei. Außerdem lasse sich aus den Leitlinien ablesen, dass Effizienzgewinne sowohl vollständig wie auch nur zum Teil an die Verbraucher weitergegeben werden können. Schließlich sei die Europäische Kommission verpflichtet, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sämtliche Effekte des Zusammenschlusses, also auch den Umstand, dass die beteiligten Unternehmen weitergegebene Effizienzgewinne künftig wieder zurückerlangen würden, zu prüfen.

937. Die Klägerin rügte daneben, dass die Europäische Kommission die wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekte des Zusammenschlusses und die geltend gemachten Effizienzgewinne jeweils separat geprüft hatte. Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang klar, dass die Horizontal-Leitlinien eine getrennte Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Effekte einerseits und der Effizienzen andererseits nicht ausschließen. Zudem eröffneten die Leitlinien die Möglichkeit, dass die negativen Effekte eines Zusammenschlusses durch die mit ihm verbundenen Effizienzgewinne aufgewogen werden. Vor diesem Hintergrund sei es nicht nur möglich, sondern notwendig, dass die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung in zwei Schritten vorgehe, nämlich zunächst die negativen und danach die positiven Wettbewerbsauswirkungen des Zusammenschlusses bestimme. Der Umstand, dass die Europäische Kommission eine Gesamtbetrachtung aller Auswirkungen vornehmen müsse, stehe dieser Schlussfolgerung nicht entgegen.

938. Das vorliegende Urteil zeigt erneut, dass Klagen nur dann erfolgreich sein können, wenn Rügen gegen die Entscheidungen der Europäischen Kommission mit ausreichend substanziiertem Vortrag verbunden sind und entsprechende Informationen und Beweismittel vorgelegt werden. Zugunsten der Klägerseite wirkt sich die Feststellung des Gerichts aus, dass eine Klage nicht schon dann als ineffektiv bewertet wird, wenn sie sich nur gegen einzelne Argumentationspfeiler in der Begründung der Europäischen Kommission wendet. Denn sobald die Verletzung von Verteidigungsrechten gerügt wird, kann eine Klage prinzipiell zum Erfolg führen. Einwände gegen einzelne Argumentationsstränge der Europäischen Kommission können jedenfalls dann Erfolg versprechend sein, wenn zwischen diesen und anderen – nicht gerügten – Argumentationspfeilern Bezüge bestehen. Dies gilt auch im Hinblick auf allgemeinere Rügen, z. B. die Beurteilung von Effizienzen oder Abhilfemaßnahmen betreffend, die nicht ausschließlich im Hinblick auf einzelne sachlich und räumlich relevanten Märkte geltend gemacht werden.

939. Zu begrüßen ist die Bestätigung der Rechtsprechung, wonach keine Hierarchie zwischen quantitativen und qualitativen Untersuchungen der Europäischen Kommission besteht und der Wettbewerbsbehörde insoweit ein gewisser Spielraum bei der Gewichtung der Beweismittel verbleibt. Positiv zu werten ist allerdings auch der Umstand, dass das Gericht die Gründe der Europäischen Kommission, eine quantitative Untersuchung durchzuführen oder nicht, überprüft. Auf diesem Weg wird der Spielraum der Wettbewerbsbehörde bei der Wahl der Untersuchungsinstrumente wirksam begrenzt. Positiv zu beurteilen ist des Weiteren die Verpflichtung der Zusammenschlussparteien, die für eine – von ihnen geforderte – quantitative Analyse erforderlichen Informationen bei der Europäischen Kommission vorzulegen, da diese Informationen in der Regel aus der Sphäre der Parteien stammen und üblicher Weise nicht öffentlich zugänglich sein dürften.

940. Die Monopolkommission stimmt auch den Aussagen des Gerichts zu, wonach die Europäische Kommission gehalten ist zu prüfen, ob beim Verbraucher zunächst möglicherweise anfallende Effizienzgewinne von dem zusammengeschlossenen Unternehmen wiedererlangt werden können. Dies folgt schon aus dem Erfordernis, eine Gesamtbetrachtung aller Folgen des Zusammenschlusses vorzunehmen. Dem Gericht ist ebenfalls in seiner Bewertung zu folgen, wonach es notwendig ist, die möglichen negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses in zwei Stufen prüfen, weil für die Beantwortung der Frage, ob Effizienzgewinne die negativen Wettbewerbswirkungen ausgleichen können, zunächst die letztgenannten Wirkungen ermittelt werden müssen.[160] Dies widerspricht auch nicht dem Umstand, dass bei Durchführung von quantitativen Analysen z. B. zu Preiserhöhungs- bzw. Preissenkungsmöglichkeiten im Rahmen eines geplanten Zusammenschlusses beide Effekte innerhalb einer Analyse ermittelt werden können, denn die Entscheidung der Europäischen Kommission erfordert neben einer solchen quantitativen Untersuchung stets eine Gesamtbetrachtung aller Umstände.

2.5 Legislative Entwicklungen

2.5.1 Einführung

941. Im Berichtszeitraum 2014/2015 hat die Europäische Kommission das Weißbuch zur wirksameren Fusionskontrolle vorgelegt, in dem sie ihre Überlegungen zur Verfahrensvereinfachung, Reform des Verweisungsregimes und Erfassung nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen weiterentwickelt hat. Daneben prüfen die Kommissionsdienststellen derzeit, ob eine Erweiterung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifkriterien, insbesondere in Anbetracht der Entwicklungen auf digitalen Märkten, erforderlich ist.

942. Die Europäische Kommission hat während des aktuellen Berichtszeitraums zudem auf verschiedentlich geäußerte Kritik aus Unternehmenskreisen reagiert, die der Wettbewerbsbehörde eine zu enge räumliche Marktabgrenzung vorwarf, und eine Studie zur räumlichen Marktdefinition erstellen lassen. Diese wurde im Januar 2016 vorgelegt und bestätigt der Europäischen Kommission im Wesentlichen ein sachgerechtes Vorgehen in methodischer Hinsicht sowie das Erreichen sachgerechter Ergebnisse. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitsgruppe Fusionskontrolle des Internatonal Competition Network (ICN) einen Leitfaden zur internationalen Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden veröffentlicht hat.[161] Hiermit sollen ein freiwilliger und flexibler Rahmen für die Behördenkooperation im Bereich der Fusionskontrolle sowie praktische Hinweise für Behörden, kooperationswillige Unternehmen und Dritte bereitgestellt werden.

2.5.2 Weißbuch zur wirksameren Fusionskontrolle

943. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten über mehrere legislative Überlegungen der Europäischen Kommission berichtet.[162] Diese betrafen im Wesentlichen die Erweiterung des vereinfachten Verfahrens in der ersten Verfahrensphase, die Reform des Verweisungsregimes sowie die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrollregeln auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb. Im aktuellen Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ihre Erwägungen und konkreten Vorschläge hierzu in dem Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ zusammengefasst, in das auch die im Rahmen einer öffentlichen Konsultation abgegebenen Stellungnahmen eingeflossen sind.[163] Dem Weißbuch beigefügt ist eine Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, in dem die Erwägungen und wettbewerbspolitischen Vorschläge der Europäischen Kommission ausführlicher analysiert werden.[164]

---

[160] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 747.

[161] ICN Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, http://www.international-competitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf, Abruf am 26. Juni 2016.

[162] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 778 ff.

[163] EU-Kommission, Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“, COM(2014)449 final, 9. Juli 2014.

[164] Commission Staff Working Document – Accompanying the document White Paper „Towards more effective EU merger control, SWD(2014) 221 final, 9. Juli 2014.

944. Im Hinblick auf die Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens hat die Europäische Kommission bereits während des letzten Berichtszeitraums ein Maßnahmenpaket angenommen.[165] Im Weißbuch stellt sie Überlegungen zur weiteren Verfahrensvereinfachung an, die eine Änderung der FKVO selbst voraussetzen. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission könnte die FKVO zum einen dahin gehend modifiziert werden, dass die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, das vollständig außerhalb des EWR niedergelassen und tätig ist, nicht in ihren Anwendungsbereich fallen würde. Ein solches Unternehmen müsste daher nicht in Brüssel angemeldet werden, selbst wenn die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO überschritten wären. Zum zweiten erwägt die Europäische Kommission, bestimmte Gruppen von Zusammenschlüssen, die in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich sind, von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung freizustellen. Dies soll z. B. für Zusammenschlüsse gelten, bei denen zwischen den beteiligten Unternehmen keine horizontalen oder vertikalen Beziehungen bestehen und über die zurzeit im vereinfachten Verfahren entschieden wird.

945. Die Monopolkommission stimmt mit der Europäischen Kommission darin überein, dass die Einführung einer Art „Gruppenfreistellungsverordnung" an die Voraussetzung ausreichender Transparenz aufseiten der Wettbewerbsbehörde geknüpft werden muss. Dies könnte beispielsweise dadurch erreicht werden, dass die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen weiterhin zu einer – im Vergleich zur formellen Anmeldung stark begrenzten – Informationsübermittlung gegenüber der Europäischen Kommission verpflichtet sind. Innerhalb einer kurzen Frist – z. B. von 10 oder 15 Arbeitstagen – könnte die Europäische Kommission dann auf Grundlage der übermittelten Informationen prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben unter die Gruppenfreistellungsverordnung fällt oder ob darüber hinaus gehende Informationen im Rahmen einer formellen Anmeldung vorgelegt werden müssen.

946. Bezüglich der angestrebten Verbesserung des Verweisungsregimes wird im Weißbuch weiterhin das Vorhaben verfolgt, eine Verfahrensabgabe an die Europäische Kommission – sei es auf Initiative der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen (Art 4 Abs. 5 FKVO) oder auf Veranlassung des originär zuständigen Mitgliedstaats (Art. 22 FKVO) – durch verfahrensmäßige Straffung zu erleichtern. Zudem soll die Europäische Kommission künftig bei einer Verfahrensübernahme nach Art. 22 FKVO die Zuständigkeit für den gesamten EWR erhalten, sofern kein originär zuständiger Mitgliedstaat ein Veto erhebt. Die Verweisung an einen Mitgliedstaat gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO soll ebenfalls erleichtert werden, indem künftig die Tatbestandsvoraussetzung „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung in dem gesonderten Markt" entfällt.

947. Die Monopolkommission hat bereits früher die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens sowohl in Hinsicht auf Art. 4 Abs. 5 FKVO wie auch bezüglich Art. 22 FKVO begrüßt. Sie hat darüber hinaus eine Modifizierung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe nach Art. 4 Abs. 4 FKVO in dem jetzt von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Sinn empfohlen.[166] Durch den Wegfall der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung würde die Notwendigkeit für die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen entfallen, ihr Vorhaben gegenüber den zuständigen Behörden selbst als problematisch für den Wettbewerb zu bezeichnen. Dadurch könnte in geeigneten Fällen der Anreiz der Zusammenschlussparteien steigen, die Zuständigkeit der am besten geeigneten – nationalen – Wettbewerbsbehörde herbeizuführen.

948. Im Weißbuch werden daneben konkrete Erwägungen zu einer Erfassung von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb angestellt. Als erforderlich wird die Einführung eines quantitativen Aufgreifkriteriums in Höhe von 20 Prozent sowie eines qualitativen Aufgreifkriteriums, das schon bei einer Beteiligung von 5 bis rund 20 Prozent und zusätzlichen Einflussfaktoren erfüllt ist, angesehen. Zudem werden verfahrensrechtliche Gestaltungen aufgezeigt, die eine zusätzliche bürokratische Belastung der betroffenen Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde auf das notwendige Maß begrenzen sollen. Diese Vorschläge weisen viele Parallelen zu den Empfehlungen auf, welche die Monopolkommission im letzten Hauptgutachten zu Aufgreifkriterien und Verfahrensausgestaltung vorgelegt hatte.[167]

---

[165] Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. EU C 366 vom 14. Dezember 2013, S. 5; Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU L 336 vom 14. Dezember 2013, S. 1.

[166] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 668.

[167] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 787 ff.

949. Jüngere Äußerungen der Kommissarin für Wettbewerb deuten jedoch darauf hin, dass einer Ausdehnung der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen jedenfalls derzeit keine Priorität eingeräumt wird.[168] Insbesondere wird der überwiegende Nutzen einer derartigen Zuständigkeitserweiterung angesichts der damit einhergehenden Erhöhung bürokratischer Lasten für die betroffenen Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden bezweifelt. Die Kommissionsdienststellen haben allerdings den Auftrag, die Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten genauer zu beobachten, deren nationale Fusionskontrollregeln das Aufgreifen nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen durch die Wettbewerbsbehörden vorsehen.[169]

2.5.3 Fusionskontrolle auf digitalen Märkten

950. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem 68. Sondergutachten zum Wettbewerb auf digitalen Märkten auf mögliche Schutzlücken der europäischen und deutschen Fusionskontrollregeln im Zusammenhang mit den geltenden Aufgreifkriterien und Zusammenschlusstatbeständen hingewiesen sowie diesbezügliche Verbesserungsvorschläge vorgelegt.[170] Daneben hat sie im Hinblick auf Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung von Internetdiensten mit Plattformcharakter die im Rahmen der notwendigen Gesamtbetrachtung erforderliche (stärkere) Berücksichtigung bestimmter materieller Beurteilungskriterien betont.[171]

951. Nach geltendem europäischem und deutschem Fusionskontrollrecht besteht eine Anmeldepflicht für Zusammenschlussvorhaben nur, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen überschreiten (Art. 1 FKVO, § 35 GWB). Daher können z. B. Transaktionen unter Beteiligung eines Unternehmens, dessen Geschäftsmodell zwar mit der Bildung von kommerziell wertvollen Datenbeständen einhergeht, das allerdings bislang noch keine nennenswerten Umsätze erwirtschaftet hat, nicht erfasst werden. Ferner können Fälle des Erwerbs jüngerer Unternehmen, die zwar ein erhebliches Marktpotenzial, bisher aber nur geringe Umsätze haben, außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollregeln liegen. Ein Beispiel hierfür ist der Erwerb von WhatsApp durch Facebook, für den zwar ein Kaufpreis von USD 19 Mrd. gezahlt wurde, der jedoch weder die geltenden Umsatzschwellen der deutschen noch der europäischen Fusionskontrolle erreichte.[172]

952. Da sich das wettbewerbliche Potenzial eines Unternehmens nicht nur in seinen bisherigen Umsätzen, sondern auch im Kaufpreis widerspiegeln kann, bekräftigt die Monopolkommission ihre Empfehlung, die bestehenden umsatzbezogenen Aufgreifkriterien um ein Aufgreifkriterium, das am Transaktionsvolumens ansetzt, zu ergänzen. Ein solches Aufgreifkriterium sollte jedoch nicht auf Zusammenschlussfälle mit Bezug zur digitalen Ökonomie begrenzt werden. Denn die dargelegten Probleme – Erwerb eines Vermögensteils mit hohem Wettbewerbspotenzial, aber ohne nennenswerte Umsätze in der Vergangenheit – können ebenso in anderen Branchen, beispielsweise beim Erwerb von Patenten in der Pharmabranche, virulent werden. Ein transaktionsbezogenes Aufgreifkriterium in der europäischen Fusionskontrolle sollte daher einen allgemeinen Anwendungsbereich haben.

953. Dementsprechend könnte Art. 1 FKVO durch einen neuen Absatz 6 wie folgt ergänzt werden:

> *„Die Umsatzschwellen des Absatzes 2 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 5 Mrd. EUR beträgt und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen von mehr als 250 Mio. EUR erzielt wird. Die Umsatzschwellen des Absatzes 3 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens einem*

[168] Vgl. hierzu auch Kapitel III, Tz. 641 ff. in diesem Gutachten.

[169] Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der Studienvereinigung Kartellrecht „Refining the EU merger control system“, Brüssel, 10. März 2016, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2016.html, Abruf am 22. Juni 2016.

[170] Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 451 ff.

[171] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 464 ff.

[172] Der Fall gelangte erst auf Antrag der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission.

beteiligten Unternehmen mehr als 25 Mio. EUR beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen 100 Mio. EUR übersteigt."

954. Die bislang aus der Start-up-Szene geäußerte Kritik an einem transaktionsvolumenabhängigen Aufgreifkriterium richtete sich in erster Linie dagegen, ein solches Kriterium ausschließlich im deutschen Kartellrecht zu verankern, weniger gegen eine europaweite Ergänzung des umsatzbezogenen Aufgreiftatbestands.[173] Eingewendet wird insbesondere, dass das vorgeschlagene Kriterium die Entwicklung von Start-ups auf digitalen Märkten behindern könne, da es die Unsicherheit von Investoren über ihre Ausstiegsmöglichkeiten, z. B. im Rahmen eines späteren Verkaufs des Unternehmens, erhöhe. Die Monopolkommission weist zunächst darauf hin, dass die Einführung eines zusätzlichen Aufgreifkriteriums lediglich die Möglichkeit der Wettbewerbsbehörde eröffnet, ein Zusammenschlussvorhaben zu überprüfen. Damit ist noch keine Entscheidung über das Untersuchungsergebnis vorgegeben. Nach den bisherigen Erfahrungen mit der europäischen (und deutschen) Fusionskontrollpraxis erachten die Wettbewerbsbehörden nur in wenigen Zusammenschlüssen Zusagenverpflichtungen der beteiligten Unternehmen für notwendig, noch weitaus geringer ist die Zahl der behördlicherseits ausgesprochenen Untersagungen. Darüber hinaus erscheinen die von der Monopolkommission empfohlenen Schwellenwerte für den Wert der Leistung – EUR 5 Mrd. im Fall des Art. 1 Abs. 2 FKVO und EUR 2,5 Mrd. im Fall des Art. 1 Abs. 3 FKVO – sowie die daneben zu erreichenden Umsatzschwellen so hoch, dass Unsicherheiten über die Zulässigkeit eines Verkaufs von Start-ups in vielen Fällen gar nicht entstehen werden. Dies gilt ebenfalls für die mit der Durchführung eines fusionskontrollrechtlichen Verfahrens verbundenen bürokratischen Lasten.

955. Soweit daneben ein mangelnder Inlands- bzw. Unionsbezug des Aufgreifkriteriums kritisiert wird, gilt es zu bedenken, dass auch künftig mindestens ein zusammenschlussbeteiligtes Unternehmen Umsätze innerhalb der Europäischen Union erwirtschaften müsste. Andernfalls ist der Anwendungsbereich der FKVO auch nach der empfohlenen Regelung nicht eröffnet. Das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip bleibt insoweit unberührt. Schließlich ist mit dem empfohlenen Aufgreifkriterium keine Benachteiligung europäischer Unternehmen im Vergleich zu Unternehmen mit Sitz außerhalb der Union verbunden. Selbstverständlich werden auch die letztgenannten Unternehmen von den Regeln der FKVO erfasst, wenn die von ihnen geplanten Zusammenschlussvorhaben die von Art. 1 Abs. 6 FKVO n. F. vorgesehen Transaktionsvolumen und Umsatzwerte erreichen. Daneben zeigt ein Vergleich mit Rechtsordnungen außerhalb der EU, etwa mit den Aufgreifkriterien in den USA, dass dort wesentlich niedrigere Schwellenwerte gelten als in der europäischen Fusionskontrollverordnung.[174]

956. Die Monopolkommission hat darüber hinaus zu bedenken gegeben, dass der Erwerb einzelner Vermögenswerte ohne einen aktuellen Marktumsatz keinen Zusammenschluss im Sinn des Art. 3 FKVO darstellt.[175] Die Einführung des vorgeschlagenen transaktionsvolumenabhängigen Aufgreifkriteriums sollte deshalb durch eine Modifizierung des Art. 3 Abs. 2 FKVO ergänzt werden, wonach ein Vermögenserwerb auch in den von Art. 1 Abs. 6 FKVO n. F. erfassten Fällen vorliegt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ein transaktionsvolumenabhängiger Aufgreiftatbestand leer läuft.

957. Schließlich ist nach Auffassung der Monopolkommission eine Weiterentwicklung bestimmter materieller Beurteilungskriterien für Fälle erforderlich, bei denen Internetdienste mit Plattformcharakter an einem Zusammenschluss beteiligt sind.[176] Zum einen ist bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen, dass es sich bei den untersuchten Diensten häufig um mehrseitige Plattformen handelt, deren Plattformseiten miteinander verbunden sind und infolgedessen nicht isoliert betrachtet werden dürfen (Plattforminterdependenzen). In diesem Zusammenhang erachtet die Monopolkommission eine Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes für erforderlich.[177] Hilfreich könnten insbesondere Ausführungen über die Erfassung von Plattformseiten sein, auf

---

[173] Bundesverband Deutsche Startups e. V., Stellungnahmen zu den Fragen der Monopolkommission, 22. April 2016.

[174] In den USA besteht eine Anmeldepflicht grundsätzlich schon ab einem Transaktionswert von USD 312,6 Mio., Federal Register/ Vol. 81, No. 16/Tuesday, January 26, 2016/Notices, S. 4299, https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2016/01/160126claytonact7afrn.pdf, Abruf am 22. Juni 2016.

[175] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 462.

[176] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 464 ff.

[177] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 469.

denen Leistungen ohne unmittelbare monetäre Gegenleistungen erbracht werden. Außerdem sollten Methoden zur Marktabgrenzung wie der SSNIP-Test weiterentwickelt werden.

958. Zum zweiten ist (stärker) zu berücksichtigen, dass die Märkte, auf denen die Plattformen tätig sind, abhängig z. B. von den Verbindungen zwischen den Plattformseiten und den dadurch zwischen ihnen ausgelösten Wechselwirkungen, zur Konzentration tendieren. Insofern könnte eine Überarbeitung der Leitlinien zu horizontalen und zu nicht-horizontalen Zusammenschlüssen mit dem Ziel angezeigt sein deutlicher festzustellen, dass die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf mehrseitigen Plattformen eine Gesamtbetrachtung erfordert, in der anderen Faktoren als Marktanteilen bzw. Preissetzungsspielräumen höhere Bedeutung zuzumessen ist, etwa Netzwerkeffekten, Innovationsdruck und Nutzerdaten.[178] Drittens ist im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung eines Zusammenschlussvorhabens verstärkt zu beachten, dass ein Plattformanbieter eine Integration zusätzlicher Dienste oder eine Kombination von Datenbeständen möglicherweise strategisch für sich nutzen kann.[179]

959. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission die Gefahr möglicher Schutzlücken der Fusionskontrolle ebenfalls erkannt hat. Laut jüngeren Äußerungen der Kommissarin für Wettbewerb sind die Kommissionsdienststellen derzeit angewiesen, die Notwendigkeit zusätzlicher Aufgreifkriterien zu überprüfen.[180]

3 Missbrauchsaufsicht

3.1 Konditionenforderungen im Lebensmitteleinzelhandel

960. Im Jahr 2009 übernahm Edeka über 2300 Plus-Filialen von Tengelmann mit dem Ziel, diese in die eigene Discountschiene Netto zu integrieren.[181] Nach der Fusion nahm das Unternehmen mit Herstellern aus sämtlichen Warengruppen Sonderverhandlungen auf. Aus Sicht des Bundeskartellamtes verstieß es im Zuge dieser Verhandlungen gegen § 19 Abs. 1, 2 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB („Anzapfverbot"), da es insbesondere gegenüber vier Sektherstellern rechtswidrige Konditionenforderungen (sogenannte „Hochzeitsrabatte") erhoben hätte.[182] Der Beschluss wurde vom OLG Düsseldorf im November 2015 aufgehoben.[183]

961. Das Bundeskartellamt stufte mehrere Verhaltensweisen in den Verhandlungen mit den Sektherstellern als Forderungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gegenüber abhängigen Unternehmen ein (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB). Das Bundeskartellamt sah es demnach zum einen als gegeben an, dass die betroffenen Lieferanten zum Zeitpunkt der Verhandlungen von Edeka abhängig waren, also ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestanden. Die Edeka hätte aufgrund der starken Marktposition auf Absatzmärkten und Beschaffungsmärkten für die Hersteller – zumindest gemeinsam mit ihren größten Wettbewerbern REWE und der Schwarz-Gruppe – die Funktion eines „Türstehers" bzw. eines „Flaschenhalses" gehabt. Die Hersteller seien auf einen Vertrieb (auch) über Edeka angewiesen gewesen, wenn sie die Endkunden bundesweit flächendeckend erreichen wollten. So hätten sich für Edeka bei Schaumwein unter Einbezug der alternativen Vertriebswege Beschaffungsmarktanteile von 15-20 Prozent ergeben.

962. Zum anderen galt es zu klären, ob die Forderungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gestellt wurden. Im Einzelnen ging es um die Forderungen nach einem „Bestwertabgleich" mit den bisherigen Plus-Preisen, eine „Anpassung der Zahlungsziele", die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus" für potenzielle Kosteneinsparungen aufseiten

---

[178] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 477.

[179] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 478 f.

[180] Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der Studienvereinigung Kartellrecht „Refining the EU merger control system", Brüssel, 10. März 2016, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2016.html; Abruf am 22. Juni 2016; Rede beim European competition and Consumer Day, „Competition: the mother of invention", 18. April 2016, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en, Abruf am 22. Juni 2016.

[181] Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Mehr Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1052.

[182] BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

[183] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

der Lieferanten, die Zahlung einer „Partnerschaftsvergütung" für die Renovierung der Filialen sowie die Zahlung eines „Sortimentserweiterungsbonus" für mögliche zusätzliche Listungen in den neuen Filialen. Das Bundeskartellamt bemängelte erstens die nicht nachvollziehbare, intransparente Darstellung und Begründung bei den Forderungen nach einem „Bestwertabgleich" und einem „Sortimentserweiterungsbonus". Zweitens sei die Festlegung und Umsetzung im Rahmen der „Anpassung der Zahlungsziele" einseitig erfolgt. Drittens wurde das „Rosinenpicken", also die Forderung nach einer Anpassung der günstigeren Konditionenbestandteile ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets kritisiert. Viertens wären im Zusammenhang mit dem „Synergiebonus" und der „Partnerschaftsvergütung" Forderungen ohne offensichtliche Gegenleistung gestellt worden. Für den „Bestwertabgleich" wären darüber hinaus Stichtage gewählt worden, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses lagen. Außerdem wären im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen bessere Konditionen während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen sowie rückwirkende Zahlungen und Anpassungen gefordert worden.

963. Das OLG Düsseldorf ließ dagegen offen, ob Edeka relative Marktmacht besaß und damit ein Abhängigkeitsverhältnis vorlag. Diese Frage könne dahin stehen, da bereits die vom Bundeskartellamt beanstandeten Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt gewesen seien. Grundsätzlich beanstandete das Gericht, dass sich nach den eigenen Ermittlungen nicht bestätigen ließ, dass Edeka ihre besondere Marktmacht ausgenutzt habe. Vielmehr hätte es sich um branchenübliche Verhandlungen gehandelt, in denen Edeka nicht die Konditionen diktierte, sondern die Sekthersteller durchaus vergleichbar starke Verhandlungspartner gewesen seien. Die Verhandlungsstärke der Sekthersteller resultiere daraus, dass Edeka als Vollsortimenter auf die Artikel der Sekthersteller angewiesen sei, da der Endkunde diese aufgrund der Bekanntheit der Marken im Sortiment des Lebensmitteleinzelhandels erwarte und nachfrage. Bezüglich der einzelnen Punkte habe zudem eine sachliche Rechtfertigung vorgelegen. Beispielsweise sei nicht ersichtlich, warum bei einer Sortimentserweiterung oder einer Renovierung der Filialen im Sinne einer besseren Produktpräsentation auf jeden Fall keine Gegenleistung vorliegen soll. Darüber hinaus sei nicht klar, warum bestimmte Verhaltensweisen kartellrechtswidrig gewesen wären. So zum einen die intransparente Darstellung und Begründung einiger Forderungen: Intransparenz sei nicht zwangsläufig ein Ausdruck von Marktmacht. Es sei nicht branchenüblich, eine detaillierte Darstellung zu liefern. Zum anderen sei eine einseitige Festlegung von Zahlungszielen nicht Gegenstand des Gesetzes, es gehe vielmehr um die Forderung als solche. Ob diese einseitig festgesetzt wird, sei irrelevant.

964. Das Urteil des OLG Düsseldorf hat insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt dem Verfahren eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zumaß, eine hohe Relevanz. Viele Fragen zu den Tatbestandsmerkmalen „Abhängigkeit" und „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund" wollte das Bundeskartellamt erstmalig im Rahmen des vorliegenden Missbrauchsverfahrens prüfen. Dessen Ergebnisse sollten in Zukunft als Leitlinie für ähnlich gelagerte Fälle dienen. Mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf scheint diese Absicht in Frage gestellt. Das Gericht hat die Rechtsbeschwerde gegen das Urteil nicht zugelassen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes beim Bundesgerichtshof ist anhängig.

3.2 Weiterhin Zusagenlösungen bei Preismissbrauchsverfahren in Versorgungsbranchen

965. In den letzten zehn Jahren ist das Bundeskartellamt mehrmals wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise in Versorgungsbranchen gegen marktbeherrschende Anbieter vorgegangen. Die Verfahren im Bereich der Preismissbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes basieren gewöhnlich auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB. Seit Ende 2007 verfügt das Bundeskartellamt zudem mit dem befristet eingeführten § 29 GWB über ein weiteres rechtliches Instrument, um Preismissbräuche zu unterbinden.[184] Einige wichtige Verfahren in den Bereichen Heizstrom, Wasser und Fernwärme wurden im Berichtszeitraum nun abgeschlossen.

---

[184] Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (PreisMissbrBekG) vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966 (Nr. 66) [Geltung ab 22. Dezember 2007]. Methodisch entspricht der vom Gesetzgeber zunächst bis zum 31. Dezember 2012 und – nach einer Verlängerung im Rahmen der 8. GWB-Novelle – nun bis zum 31. Dezember 2017 befristete § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Allerdings zählt er die zur Führung des Missbrauchsnachweises zulässigen Methoden auf. Von Bedeutung ist zudem, dass gemäß § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB die Beweislast für die strukturelle Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen umgekehrt wird; Nr. 2 eröffnet zudem explizit die Kostenkontrolle auch als selbstständig mögliche Prüfmethode.

966. Die Tätigkeit des Bundeskartellamtes im oben genannten Zeitraum zielte zunächst auf Unternehmen des Energiesektors. Nachdem das Bundeskartellamt im März 2008 Verfahren gegen 35 Gasversorger eingeleitet hatte, hat es dieses Vorgehen im September 2009 gegenüber 19 Heizstromanbietern fortgesetzt.[185] In jüngerer Zeit war die Missbrauchsaufsicht über Preise vor allem auf Fernwärme- und Wasserversorger gerichtet.[186] Im Bereich der Fernwärme hatte das Bundeskartellamt im Frühjahr 2013 gegen sieben Versorgungsunternehmen (betreffend 30 verschiedene Wärmeversorgungsgebiete) Preismissbrauchsverfahren eingeleitet. Hierbei handelte es sich um solche Unternehmen, bei denen sich zuvor in einer Sektoruntersuchung Anhaltspunkte für überhöhte Preise ergeben haben. Zudem hat das Bundeskartellamt im Bereich der Trinkwasserversorgung in jüngerer Zeit eine Reihe von Verfahren wegen Preisüberhöhungen geführt.

967. Eine gemeinsame Auffälligkeit betrifft den Abschluss der meisten Preismissbrauchsverfahren. In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle kam es zur Verfahrensbeendigung aufgrund von Zusagen der Unternehmen. Die Verfahren gegen Energieversorgungsunternehmen auf Basis von § 19 und 29 GWB wurden, mit Ausnahme des Verfahrens gegen die ENTEGA Privatkunden GmbH & Co. KG (nachfolgend „Entega“)[187], alle durch Verpflichtungszusagen gemäß 32b GWB beendet. Solche Zusagen betreffen in der Regel Rückzahlungen, Unterlassung von Preiserhöhungen und teilweise auch strukturelle Zusagen.

968. Im Berichtzeitraum erfolgte ebenfalls auf Basis von § 32b GWB die Beendigung des Verfahrens gegen die Stadtwerke Leipzig wegen überhöhter Fernwärmepreise, nachdem sich das Bundeskartellamt mit dem Unternehmen auf eine Senkung der Fernwärmepreise im Volumen von ca. EUR 8 Mio. jährlich über eine Laufzeit von fünf Jahren geeinigt hatte.[188] Im Wassersektor wurde das Verfahren gegen die Wuppertaler Stadtwerke auf Basis eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrages beendet.[189] Darin sagte das Unternehmen zu, den Wuppertaler Wasserkunden des Untersuchungszeitraums von 2009 bis einschließlich April 2013 kumuliert EUR 15 Mio. zurückzuerstatten. Für den darauf folgenden Zeitraum kann die Kartellbehörde keine Untersuchungen durchführen, weil die Stadt die Wasserversorgung zwischenzeitlich rekommunalisiert hat.[190]

969. Die Monopolkommission hatte sich in früheren Gutachten regelmäßig mit den vom Bundeskartellamt geführten Preismissbrauchsverfahren auseinandergesetzt und sowohl die wettbewerbsökonomische Effizienz dieses Verfahrenstyps[191] wie auch Teile der angewendeten Methodik kritisch gewürdigt. In Bezug auf die Methodik hat die Monopolkommission auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass ein kostenrechnerisch vom Bundeskartellamt ermittelter Erlösmaßstab von den Unternehmen sowohl erreichbar wie auch antizipierbar sein muss. Bei der Ermittlung von Kosten sollten stets auch Kapitalkosten anerkannt werden.[192] In diesem Zusammenhang stellen sich bei Preismissbrauchsverfahren schwierige ökonomische und rechtliche Fragen, die bislang keiner gerichtlichen Klärung zugeführt wurden. Im

---

[185] Vgl. zu den Preismissbrauchsverfahren im Gassektor ausführlich: Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; zu den Verfahren im Heizstromsektor ausführlich Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 720 ff.

[186] Vgl. eingehender im Wassersektor: Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 601 ff. Vgl. im Fernwärmesektor: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 794 ff.

[187] Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10–16/09.

[188] Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Oktober 2015, B8–34/13.

[189] Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/19_10_2015_WSW_neu.html, Abruf am 20. Oktober 2015.

[190] Im Bezug auf dieses Problem einer „Flucht ins Gebührenrecht“ vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1235 ff., insbesondere Tz. 1242.

[191] Die Monopolkommission hat dabei auf die grundsätzliche Problematik hingewiesen, nach der marktmächtig überhöhte Preise unter bestimmten Umständen auch Ausdruck eines wirksamen und speziell innovativen Wettbewerbsgeschehen sein können. Im Fall der Preismissbrauchsaufsicht in Versorgungsbranchen, in denen sich der Wettbewerb infolge einer Marktöffnung gerade erst entwickelt – so in den Branchen für Gas oder Heizstrom –, kann ein kartellrechtlicher Eingriff in die Preise zudem die Entwicklung von Wettbewerb im Markt stören; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 713 f. und 737 f.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 628.

[192] Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 731; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 633.

Hinblick auf die von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden verstärkt angewendete Preismissbrauchsaufsicht in Versorgungsbranchen hat die Monopolkommission deshalb auf Probleme durch die Beendigung einer ganz überwiegenden Zahl der Verfahren durch Zusagenlösungen hingewiesen. Zwar kann die Verfahrensbeendigung auf Basis von Zusagen in vielen Fällen begrüßenswert sein, weil in diesem Fall die Verfahrenskosten einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung entfallen und die Kunden schnell entschädigt werden. Allerdings führt ein solches Vorgehen als typische Lösung dazu, dass wichtige Probleme der Anwendung der Preismissbrauchsaufsicht rechtlich ungeklärt bleiben.

970. Im Zusammenhang mit der Klärung wichtiger Rechtsfragen war das Gerichtsverfahren „Entega gegen Bundeskartellamt“ von besonderem Interesse. Nachdem das Bundeskartellamt ca. 18 Monate nach Abschluss der übrigen Heizstromverfahren im März 2012 eine Rückzahlungsanordnung gegen Entega erlassen hatte, legte Entega Beschwerde gegen den Beschluss vor dem OLG-Düsseldorf ein. Allerdings kam es im Oktober 2015 zu einer Verfahrenseinstellung, nachdem sich Entega mit dem Bundeskartellamt auf verschiedene Zusagen geeinigt hatte. Rechtsgrundlage war in diesem Fall jedoch keine Zusagenentscheidung gemäß § 32b GWB, sondern – ebenso wie im oben genannten Fall der Stadtwerke Wuppertal – ein öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag gemäß § 54 ff. VwVfG.

971. Die Entega verpflichtet sich in dem Vergleichsvertrag, die Kunden der Jahre 2007 bis 2009 pauschal mit einer Rückzahlung von ca. EUR 52 je volles Jahr zu entschädigen. Dies entspricht im Durchschnitt etwa 50 Prozent der ursprünglich vom Bundeskartellamt in seiner Rückzahlungsanordnung vorgesehenen Entschädigungsbeträge. Im Gegenzug hebt das Bundeskartellamt mit dem Vertrag nun seine ursprüngliche Preissenkungsanordnung gegen Entega auf und verzichtet zudem auf die Einleitung eines Verfahrens wegen Preisüberhöhungen in den Jahren 2007 bis 2014.

972. Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags wird von den Parteien in der Präambel des Vertrags insbesondere damit begründet, dass der Ausgang des Gerichtsverfahrens in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht absehbar sei. Aufgrund der komplizierten Rechts- und Tatsachenfragen komme in Betracht, dass dem OLG Düsseldorf eine Entscheidung erst nach Einholung der Stellungnahme eines Gerichtsgutachters möglich sei. Infolge dieser komplexen Situation und bedingt durch ein mögliches weiteres Verfahren vor dem Bundesgerichtshof bleibe der Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses offen. Ein später Verfahrensabschluss erschwere zudem eine mögliche Rückerstattung für Heizstromkunden der Jahre 2007 bis 2009.

973. Im Bezug auf die Gründe der Aufhebung der behördlichen Anordnung ist der Argumentation des Bundeskartellamtes zuzustimmen, dass eine Fortführung des gerichtlichen Verfahrens nicht im Interesse der betroffenen Kunden gelegen hätte.[193] Auch aus Sicht kleiner und mittlerer Versorger ist es naheliegend, dass eine Zusagenlösung für diese oftmals vorteilhafter sein kann als ein langandauernder Rechtsstreit. Für eine Weiterführung des Gerichtsverfahrens hätte hingegen dessen Bedeutung zur Klärung wichtiger Rechtsfragen gesprochen. Die Preismissbrauchsverfahren im Heizstromsektor haben vor allem im Hinblick auf die anzuwendende Methodik Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt. Eine Klärung dieser Fragen hätte dazu beigetragen, die Preismissbrauchsaufsicht im Allgemeinen fortzuentwickeln.[194]

974. Die gelegentliche gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen der Kartellbehörden ist wichtig, um der Anwendungspraxis der Vorschriften eine stärkere Legitimität zu verschaffen. Die Monopolkommission empfiehlt den Kartellbehörden deshalb, auch Preismissbrauchsverfahren nicht ausschließlich auf Basis von Zusagen der Unternehmen abzuschließen.

3.3 Leistungsschutzrecht der Presseverleger

975. Im September 2015 traf das Bundeskartellamt eine Entscheidung[195] nach § 32c GWB hinsichtlich der Auseinandersetzung zwischen Google und und der VG Media (und diversen anderen Verlagen), welche die Anzeige von kurzen

---

193 Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 3. November 2015, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/ 03_11_2015_Entega.html, Abruf am 22. Juni 2016.

194 Die spezielle Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB läuft am 31. Dezember 2017 aus. Allerdings wurden die Verfahren auch auf Basis von § 19 GWB geführt.

195 Vgl. BKartA, Beschluss vom 8. September 2015, B6-126/14.

Textausschnitten aus Presseerzeugnissen in der Suchtrefferliste von Google betraf. Es kam zu dem Schluss, dass die Verhaltensweise von Google mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstoße und folglich kein Verfahren eingeleitet werden müsse. Eine Klage zum LG Berlin blieb ebenfalls erfolglos.[196]

976. Hintergrund der Auseinandersetzung war das 2013 eingeführte Leistungsschutzrecht der Presseverleger. Dieses soll – in Abgrenzung zum Urheberrecht – nicht die geistige Schöpfung, sondern die Investitionen der Presseverleger schützen. Danach hat „der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) […] das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte“.[197] Unter Berufung auf dieses Recht verlangten VG Media und einige Verlage für die Wiedergabe von kurzen Auszügen aus Online-Presseinhalten in den Suchtrefferlisten, die sogenannten „Snippets“, eine entsprechende Gebühr von Google. Der Suchmaschinenbetreiber war jedoch nicht bereit, eine solche Gebühr zu entrichten, da die „Snippets“ seiner Auffassung nach unter den Ausnahmetatbestand der kleinsten Textausschnitte fielen. Um Rechtssicherheit zu erlangen, forderte er die von der VG Media vertretenen Verlage dennoch auf, eine „Opt-In-Erklärung“ abzugeben, mit der sie in die Anzeige von Snippets in den Diensten von Google einwilligen sollten. Gäben sie diese Erklärung nicht ab, würden die Presseinhalte weiterhin in den Suchergebnissen angezeigt, jedoch nur mit der entsprechenden Überschrift, ohne Textausschnitte oder Fotos. Die meisten Verlage gaben eine entsprechende Erklärung ab. VG Media und einige größere Verlage beklagten jedoch, dass Google mit dieser Vorgehensweise seine Marktmacht missbrauche, um der Zahlung von den Verlagen rechtmäßig zustehenden Gebühren zu entgehen und legten Beschwerde beim Bundeskartellamt ein.

977. Das Bundeskartellamt sah keinen Grund zum Tätigwerden. Die Frage der konkreten Marktabgrenzung wurde offen gelassen. Ebenso offen gelassen wurde, ob Google eine marktbeherrschende Stellung zukomme, wenngleich Einiges für eine sehr starke Marktposition spräche. Entscheidend war, dass aus Sicht der Behörde selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Behinderungs- oder Diskriminierungsmissbrauch gegenüber den Verlagen vorläge. Begründet wurde diese Sicht damit, dass einer Suchmaschine im Sinne der Interessenabwägung ein erheblicher Spielraum bei der Reihung, Zusammenstellung und Präsentation der Ergebnisse zukommen müsse. Auf dieser Ausrichtung am Nutzerbedürfnis fuße das Geschäftsmodell. Grenzen dieser Freiheit sieht das Bundeskartellamt, wenn die Darstellung sich nicht mehr mit der Relevanz der Suchergebnisse begründen ließe. Der von Google geäußerte Wunsch nach Rechtssicherheit fällt zwar nicht direkt unter den Gesichtspunkt der Relevanz. Dennoch sieht das Bundeskartellamt das Bestreben, sich durch die Präsentation der Ergebnisse rechtstreu zu verhalten, ebenso als legitim an. Als Missbrauch kämen grundsätzlich nur Verhaltensweisen in Betracht, die sich überhaupt nicht mehr damit erklären ließen, dass die Suchmaschine ihre Produkte zu verbessern, zu verbilligen oder sich rechtmäßig zu verhalten sucht.

978. Die Monopolkommission teilt die Ansicht, dass Google durch das vorliegende Verhalten keinen Behinderungs- oder Diskriminierungsmissbrauch ausübt. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die angezeigten „Snippets“ als „kleinste Textausschnitte“ aus dem Leistungsschutzrecht ausgenommen sind oder nicht[198] und ob Google eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, käme grundsätzlich ein Missbrauch nach § 19 GWB in Betracht. Es ist jedoch nicht zu erkennen, inwiefern Google die Presseverleger missbräuchlich behindert. Selbst wenn „Snippets“ unter das Leistungsschutzrecht fallen, kann Google nicht gezwungen werden, einen bestimmten Preis für deren Nutzung zu zahlen. Die Höhe der Gebühr (die auch null betragen kann) wäre vielmehr ein Verhandlungsergebnis zwischen den Parteien. Da die Verlage augenscheinlich ein großes Interesse an der Listung bei Google haben,

---

[196] LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016, 92 O 5/14 kart.

[197] Vgl. § 87f Abs. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG).

[198] Wie die von Google genutzten „Snippets“ rechtlich einzuordnen sind, ist umstritten. Das Landgericht Berlin hat die Klage von 41 Presseverlagen gegen Google jedoch abgewiesen. Durch die Darstellung der Textausschnitte in den Suchergebnissen entstehe eine „win-win-Situation“, von der sowohl Google als auch die Verlage und Nutzer profitierten. „Dieses Konzept würde aus dem Gleichgewicht gebracht, wenn Google für das Recht zur Wiedergabe von [S]nippets und Vorschaubildern in den Suchergebnissen, die auf Internetseiten der Verlage hinweisen, ein Entgelt zu entrichten hätte. Das Begehren von Google, entweder auf der weiterhin kostenlosen Nutzung zu bestehen oder aber auf die Wiedergabe von [S]nippets und Vorschaubildern bei den Verlagsseiten der Klägerinnen zu verzichten, ist nach Ansicht der Kammer deshalb nicht missbräuchlich.“, vgl. LG Berlin, Pressemitteilung vom 14/2016 vom 19. Februar 2016; LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016, 92 O 5/14 kart.

sind sie in der Regel auch bereit, Ausschnitte ihrer Erzeugnisse unentgeltlich zur Verfügung zu stellen („win-win-Situation“, vgl. Fußnote 198 in diesem Gutachten). Es könnte darüber hinaus argumentiert werden, dass Google gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB eine „essential facility“ darstellt. In diesem Fall läge das missbräuchliche Verhalten darin, dass Google „sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“. Das Vorliegen einer „essential facility“ bei Suchmaschinen hat die Monopolkommission jedoch bereits in ihrem Sondergutachten zur digitalen Ökonomie verneint.[199] Insbesondere Verlagen stehen andere Wege zur Verfügung, um Konsumenten ihre Inhalte zugänglich zu machen. Doch selbst wenn eine „essential facility“ vorläge, würde dies kein Recht begründen, eine bestimmte Gebühr zu verlangen. Google wäre in diesem Fall verpflichtet, den Verlagen „Zugang“ zu gewähren, d. h., sie in den Suchergebnissen zu listen. Ein Anspruch auf eine bestimmte Vergütung ergäbe sich darüber hinaus nicht.[200]

979. Der vorliegende Fall ist klar abzugrenzen von dem auf europäischer Ebene geführten Verfahren gegen Google. In diesem beschäftigt sich die Europäische Kommission mit Googles Praxis, eigene Dienste in den Suchtrefferlisten zu platzieren beziehungsweise hervorzuheben. Die Darstellung und Reihung externer Inhalt ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

4 Horizontale und vertikale Vereinbarungen

4.1 Vertikale Vereinbarungen

4.1.1 Bestpreisklauseln

980. Bereits in ihrem letzten Hauptgutachten[201] sowie im Sondergutachten zur digitalen Ökonomie[202] beschäftigte sich die Monopolkommission mit dem Einsatz von Bestpreisklauseln. Im konkreten Fall ging es um die Praxis des Hotelportalbetreibers HRS, teilnehmenden Hotels das Anbieten ihrer Zimmer zu günstigeren Konditionen auf anderen Kanälen zu verbieten. Das Bundeskartellamt untersagte derartige Vereinbarungen schließlich mit Beschluss vom 20. Dezember 2013.[203] Diese Entscheidung wurde im Januar 2015 vom OLG Düsseldorf bestätigt.[204] Aufgrund analoger Geschäftspraktiken leitete das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum zusätzlich Verfahren gegen Booking und Expedia als weitere große Hotelbuchungsportale ein. Das Verfahren gegen Booking wurde am 22. Dezember 2015 ebenfalls mit einer Untersagung abgeschlossen.[205]

981. Bestpreisklauseln werden grundsätzlich als vertikale Vereinbarungen eingeordnet. Da jedoch angenommen wird, dass sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, werden sie – anders als Preisbindungen – üblicherweise nicht als kartellrechtswidrige Kernbeschränkung[206] gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB eingestuft. Allerdings können Bestpreisklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. In diesem Fall ist eine Freistellung der Klauseln gemäß der Vertikal-GVO möglich, sofern der Marktanteil des Anbieters 30 Prozent nicht überschreitet (Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB i. V. m. Art. 3 und 7 Vertikal-GVO). Bei einem höheren Marktanteil ist zwar grundsätzlich eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Vereinbarung mit

---

[199] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. Tz. 224.

[200] In diesem Fall wäre sogar zu überlegen, ob nicht – analog zu klassischen „essential facilities“ im Infrastrukturbereich – die Verlage etwas dafür zahlen müssten, dass ihre Inhalte angezeigt werden.

[201] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 893 ff.

[202] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 408 ff.

[203] Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2013, B9-66/10.

[204] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14(V).

[205] Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13.

[206] i. S. v. Art. 4 der Vertikal – GVO.

hinreichenden Effizienzvorteilen sowie einer angemessenen Verbraucherbeteiligung einhergeht. Außerdem muss diese unerlässlich zur Erzielung der Effizienzgewinne sein und darf den Wettbewerb nicht ausschalten.

982. Ebenso kann der Einsatz von Bestpreisklauseln gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB verstoßen. Ein Missbrauch könnte gemäß § 20 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auch dann vorliegen, wenn das Unternehmen nur „relative Marktmacht“ besitzt, also kleine oder mittlere Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

983. Im Berichtszeitraum wurde das Verfahren gegen Booking.com abgeschlossen und der Einsatz von Bestpreisklauseln untersagt, da diese sowohl gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV wie auch gegen § 20 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB verstießen. Die vertikale Vereinbarung bewirke somit eine Wettbewerbsbeschränkung und behindere die abhängigen Hotelbetriebe in unbilliger Art und Weise. Die Prüfung der missbräuchlichen Behinderung fiel jedoch deutlich kürzer aus. Der Fokus des Verfahrens lag auf einem Kartellverbot.

984. Der vorliegende Fall ist zwar ähnlich gelagert wie die vorherige Untersagung der Bestpreisklauseln von HRS. Im Gegensatz zu HRS verwendete Booking seit Mitte 2015 jedoch nur noch „enge“ Bestpreisklauseln. So wurde den betroffenen Hotelbetreibern untersagt, auf der hoteleigenen Homepage günstigere Angebote zu machen. Die Nutzung anderer Hotelportale war jedoch nicht betroffen. Der Umstand, dass sich Booking auf enge Bestpreisklauseln beschränkt hat, kann als Zugeständnis an verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden gewertet werden, die zu diesem Zeitpunkt ähnliche Verfahren durchführten.

985. Die Bewertung der Wettbewerbsbeschränkung durch das Bundeskartellamt lässt Fragen offen. Eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Portalbetreibern war aufgrund der Umstellung auf „enge“ Bestpreisklauseln eher nicht mehr zu befürchten. Es stand den Hotelbetreibern frei, andere Portale zu nutzen und die Konditionen dort frei zu wählen. Auch der Preissetzungsspielraum der Hotelbetreiber wurde deutlich weniger eingeschränkt. Es war zwar weiterhin nicht zulässig, günstigere Preise auf der eigenen Homepage anzubieten. Jedoch besteht eine gängige Rechtfertigung für den Einsatz von Bestpreisklauseln gerade im Schutz von Investitionen und der Verhinderung von Trittbrettfahrerverhalten. So könnten Kunden das Portal zur leichteren Auffindbarkeit und zum Vergleich von Hotels nutzen, um im Anschluss zu einem günstigeren Preis auf der hoteleigenen Homepage zu buchen. Zudem ergäben sich Effizienzvorteile dadurch, dass Konsumenten davon ausgehen können, keinen günstigeren Preis durch die Einzelsuche zu finden. Schließlich vermindern Hotelbuchungsportale zum einen Such- und Transaktionskosten: Hotelsuche,-vergleich und –buchung sind auf einer Webseite möglich. Zum anderen wird durch die höhere Transparenz die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Hotels und Hotelkunden abgebaut und so der Wettbewerb zwischen den Hotels gestärkt.[207] Angesichts der ansonsten geringen Auswirkungen der Vereinbarung wiegen diese Argumente bei engen Bestpreisklauseln besonders stark. Andere europäische Behörden haben das gleiche Verhalten aus diesem Grund nicht als rechtswidrig eingestuft. So gab es beispielsweise in Frankreich, Italien und Schweden Verpflichtungszusagenentscheidungen.[208] Insgesamt ist festzuhalten, dass die uneinheitliche und zeitversetzte Entscheidungspraxis der europäischen Behörden ein hohes Maß an Unsicherheit und Unklarheit verursacht. Eine engere Abstimmung und Zusammenarbeit wäre wünschenswert.

986. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Bestpreisklauseln ihrem Wesen nach grundsätzlich nicht weniger eine Kartellabsprache als eine missbräuchliche Ausnutzung (potenzieller) Marktmacht darstellen. Portalbetreiber profitieren einseitig von den Vereinbarungen. Verfügt ein Portal über Marktmacht, könnte es diese somit dazu nutzen, entsprechende Klauseln gegenüber den Hotelbetreibern durchzusetzen. Um den Einsatz von Bestpreisklauseln als missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht einzustufen, müsste jedoch entweder eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 GWB oder relative Marktmacht nach § 20 GWB vorliegen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes liegt im Fall von Booking relative Marktmacht vor, die Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung wird offen gelassen.

---

[207] Vgl. etwa Hamelmann, L./Haucap, J./Wey, C., Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 3/2015, S. 245-264.

[208] Das französische Parlament hat in der Zwischenzeit jedoch ein Gesetz erlassen, das Bestpreisklauseln generell verbietet („Loi Macron“). In Italien ist ein ähnlicher Prozess zu beobachten. In einigen Ländern sind die Verfahren zudem noch anhängig.

987. Die Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnung gestalten sich bei Hotelportalen – wie bei allen Onlineplattformen – nicht einfach. Das Bundeskartellamt ging bei der sachlichen Marktabgrenzung jedoch äußerst restriktiv vor, was im Ergebnis vergleichsweise hohe Marktanteile zur Folge hatte. Eine weitere Auslegung hätte möglicherweise zu einer anderen Einschätzung bezüglich der Marktmacht von Hotelbuchungsportalen geführt. Liegt kein hohes Maß an Marktmacht vor, erscheint das Schadenspotenzial von Bestpreisklauseln, insbesondere in der engen Form, begrenzt. Analog zu HRS wurden explizit nur Hotelbuchungsportale miteinbezogen, die das Bündel Suchen/Vergleichen/Buchen anbieten. Vermittlungsdienstleister wie Reisebüros, Meta-Suchmaschinen oder auch die hoteleigenen Webseiten wurden nicht als Teil des relevanten Marktes eingestuft. Dies ist eine fragwürdige Einschätzung, nutzen Hotelkunden doch häufig eine Kombination von verschiedenen Diensten, die einen Teilbereich des Bündels anbieten. Online lassen sich entsprechende Angebote schnell kombinieren. Dadurch können diese Dienste trotz andersartigem Geschäftsmodell eine Konkurrenz zu den Hotelportalen darstellen.[209] Für diese Einschätzung spricht die relativ geringe Konversionsrate von 20 Prozent, also der Anteil der Hotelportalbesucher, die tatsächlich eine Buchung vornehmen. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht zu vernachlässigender Anteil der Besucher die Portale zum Suchen und Vergleichen nutzt, aber über einen anderen Vertriebskanal bucht. Dies spricht wiederum für das oben erwähnte Trittbrettfahrerverhalten. Es ist deshalb auch nicht sofort ersichtlich, weshalb Hotelbetreiber durch eine enge Bestpreisklausel in Folge relativer Marktmacht unbillig behindert würden. Relative Marktmacht liegt dann vor, wenn Hotelbetreiber „in der Weise abhängig waren, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestanden“.[210] Das Bundeskartellamt führt an, dass Booking das marktführende Unternehmen im Bereich Hotelbuchungsportale ist, während ein Großteil der Hotels Kleinbetriebe mit einer geringen Bettenanzahl und somit auf die Hotelportale angewiesen sind. Doch genau hierin liegt das Geschäftsmodell der Hotelportale und damit auch der Mehrwert, den kleine Hotels aus der Teilnahme an den Portalen ziehen: Eigene Werbemaßnahmen und Maßnahmen zur Reichweitenvergrößerung sind kostspielig und oft weniger zielgerichtet. Durch Hotelbuchungsportale haben kleine Betriebe dagegen die Möglichkeit, einen sehr großen potenziellen Kundenkreis zu erreichen. Sie können außerdem andere große Hotelbuchungsportale nutzen, die beispielsweise günstigere Provisionen anbieten.

988. Es bleibt festzuhalten, dass bei der Begründung des Bundeskartellamtes einige Fragen offen bleiben, insbesondere da der Beschluss hinsichtlich eines missbräuchlichen Verhaltens sehr kurz gehalten wurde.

4.1.2 Beschränkungen des Onlinevertriebs

989. Das Bundeskartellamt hat in zwei Pilotverfahren selektive Vertriebssysteme von Sportartikelherstellern untersucht. Adidas betrieb ein selektives Vertriebssystem, in dem Produkte nur über autorisierte Händler an Endkunden verkauft werden durften. Verboten waren der Verkauf von Artikeln über offene Marktplätze wie eBay oder Amazon Marketplace. Zusätzlich hatten die Händler ihre Internetseite in der Weise einzurichten, dass Endverbraucher die betreffende Seite nicht über oder durch eine Plattform eines Dritten aufrufen können, wenn dabei das Logo des Dritten sichtbar ist. Zulässig war dagegen der Verkauf über sogenannte geschlossene Marktplätze wie Otto.de und Zalando.de. Asics verfügte über ein Vertriebssystem, welches ebenfalls den Händlern die Nutzung von Online-Marktplätzen wie eBay oder Amazon pauschal untersagte. Zudem sah es Beschränkungen bei der Nutzung des Asics-Markenzeichens für Internet-Werbung, bei der Zusammenarbeit mit Preissuchmaschinen und beim Verkauf über Online-Marktplätze vor. Begründet wurden diese Vorgaben vornehmlich mit dem Schutz des Produktimage. In beiden Fällen gaben die Unternehmen die beanstandeten Vertriebsbeschränkungen im Laufe des Verfahrens auf.

990. Selektive Vertriebssysteme beschränken grundsätzlich den Wettbewerb beim Vertrieb der Markenprodukte eines Herstellers, da nur die Händler zum Vertriebssystem zugelassen werden, die die Auswahlkriterien des Herstellers erfüllen.[211] Solche Beschränkungen des Intra-Marken-Wettbewerbs können unter bestimmten Voraussetzungen auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Produkten konkurrierender Hersteller (Inter-Marken-Wettbewerb) haben. Sie sind jedoch nach der Vertikal-GVO zulässig, sofern die Auswahl diskriminierungsfrei nach qualitativen Kriterien erfolgt und die Vorgaben verhältnismäßig sind.

---

[209] Vgl. etwa Hamelmann, L./Haucap, J./Wey, C. (2015), a. a. O., S. 252 ff.

[210] Vgl. § 20 Abs. 1 GWB.

[211] Vgl. hierzu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 418 ff.

991. Das Bundeskartellamt sah in den von Adidas und Asics angewandten Vertriebsbeschränkungen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB. Das Amt sieht bei Per-se-Verboten in der Regel die Grenze von einem zulässigen qualitativen Auswahlkriterium in Richtung einer Kernbeschränkung überschritten, sodass eine Freistellung nach Artikel 4 Vertikal-GVO auszuschließen ist. Ein pauschales Verbot der Nutzung von Markenzeichen oder Markennamen zur Außenwerbung könne nicht als qualitative Anforderung geltend gemacht werden, da dieses erstens nicht in äquivalenter Weise im stationären Vertrieb angewandt würde und zweitens nicht verhältnismäßig sei. So wären anstelle eines Per-se-Verbots auch mildere Mittel denkbar gewesen. Das pauschale Marktplatzverbot war nach Auffassung des Amtes auch kein geeignetes Mittel, um ein gegebenenfalls vorhandenes Trittbrettfahrerproblem zu adressieren. Trittbrettfahren auf den Leistungen von Händlern, die Beratungsdienstleistungen anbieten, ist kein spezielles Problem von Online-Marktplätzen, sondern des gesamten Internetvertriebs. Konsumentenbefragungen zeigen jedoch, so das Amt, dass das Trittbrettfahrerproblem in Bezug auf online versus offline in beide Richtungen stattfindet.

992. Aus einer ökonomischen Perspektive ist die Wirkung der Vertriebsbeschränkung nicht eindeutig. Zum einen haben Hersteller generell ein Interesse an Preiswettbewerb zwischen den Einzelhändlern, da bei einem niedrigeren Endkundenpreis mehr eigene Produkte verkauft werden. Eine Beschränkung des Vertriebs könnte deshalb dann lohnend erscheinen, wenn die Hersteller tatsächlich ein besseres Produktimage erwarten, aus dem höhere Absatzzahlen resultieren, weil dieses einen stärkeren Effekt auf die Nachfrage hat als der Preis.[212] Kritisch zu sehen ist jedoch die Tatsache, dass im vorliegenden Fall beide Anbieter eigene Onlineshops betrieben und somit sowohl vertikal wie auch horizontal in Verbindung zu den autorisierten Einzelhändlern standen. Es liegt daher nahe, dass auf der horizontalen Ebene Konkurrenz beschränkt werden sollte und das Produktimage zumindest nicht alleiniger Treiber der Beschränkungen war. Darüber hinaus bot Asics die eigenen Produkte auch über Amazon Marketplace an. Das Argument, dass das Produktimage geschützt werden sollte, überzeugt auch aus diesem Grund nicht gänzlich. Dennoch stellt sich die grundsätzliche Frage, wie schädlich eine solche Praxis ist, wenn der Marktanteil des Unternehmens relativ gering ist. So sieht die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission eine Freistellung von vertikalen Beschränkungen vor, sofern die jeweiligen Marktanteile nicht über 30 Prozent liegen, es sei denn es handelt sich um Kernbeschränkungen. Doch selbst wenn eine Kernbeschränkung[213] vorliegt, scheint die schädliche Wirkung eines solchen Instruments begrenzt, wenn das ausübende Unternehmen nur über eine vergleichsweise geringe Marktmacht verfügt. Der Marktanteil von Asics lag mit 25-30 Prozent jedoch am oberen Ende der Freistellungsgrenze. Vertikale Beschränkungen können außerdem unter Umständen auch dazu führen, dass der horizontale Wettbewerb zwischen oligoplistischen Unternehmen eingeschränkt wird. Insgesamt vereinten die drei größten Sportartikelhersteller über 75 Prozent des Marktes auf sich, zudem setzten alle ähnliche Vertriebsbeschränkungen ein. Dadurch bestand grundsätzlich eine Gefahr für horizontale Preisabstimmungen („tacit collusion“).

993. Die Europäische Kommission stellt derzeit eine umfassende Sektoruntersuchung zum Wettbewerb im elektronischen Handel an, die unter anderem die Auswirkungen vertikaler Vereinbarungen näher beleuchten soll. Wenngleich eine Einzelfallbetrachtung stets notwendig ist, kann dies zu einer Harmonisierung der Auslegung in Europa beitragen. Ein erster Zwischenbericht ist noch für die Mitte des Jahres 2016 geplant. Der Endbericht soll Anfang 2017 vorliegen.

4.2 Horizontale Vereinbarungen

4.2.1 Kein Compliance-Einwand im deutschen Kartellrecht

994. Zur Stärkung der kartellrechtlichen Compliance im Allgemeinen wird insbesondere von Unternehmensvertretern immer wieder die Einführung eines sogenannten Compliance-Einwands („Compliance-Defence“) gefordert. Damit ist gemeint, dass Unternehmen bei der Festsetzung von Kartellsanktionen für ein bestehendes oder neu eingeführtes Compliance-Programm belohnt werden. Die Monopolkommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass die Ver-

[212] Vgl. hierzu z. B. Inderst,R., Preise als Qualitätssignal: Implikationen für das Preisbindungsverbot und seine Durchsetzung, WuW 05/2014, S. 459 ff.

[213] Zu den Kernbeschränkungen gemäß Artikel 4 Vertikal-GVO gehören Preisbindungen, Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkungen und passive oder aktive Verkaufsverbote.

pflichtung der Marktteilnehmer zum wettbewerbskonformen Verhalten eher umgekehrt dafür spricht, die Nichteinhaltung von Compliance-Standards strafverschärfend zu berücksichtigen.[214] Damit soll keineswegs die Bedeutung kartellrechtlicher Compliance-Programme für die Kartellaufdeckung und Kartellprävention in Abrede gestellt werden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die vorgebrachten Gründe für eine Compliance-Defence im Rahmen des geltenden Sanktionssystems nicht überzeugen.

995. Insbesondere wird argumentiert, dass die Arbeit von Compliance-Abteilungen durch eine Compliance-Defence unternehmensintern einen höheren Stellenwert erhalte. Durch eine Compliance-Defence werde der Unternehmensführung und den Mitarbeitern deutlich, dass Compliance-Programme finanzielle Risiken des Unternehmens reduzieren. Es existieren jedoch bereits ohne eine Compliance-Defence bekanntermaßen gewichtige finanzielle Anreize für die Einführung von Compliance-Programmen. Sofern durch ein Compliance-Programm ein Kartellverstoß entdeckt wird, kann das Unternehmen eine Geldbuße sogar komplett vermeiden, sofern es vor den Mitkartellanten den ersten Kronzeugenantrag einreicht. Hieraus entsteht ein höherer finanzieller Anreiz als durch eine mögliche Reduzierung der Geldbuße. Ebenso profitieren Unternehmen von der präventiven Wirkung von Compliance-Programmen. Durch die Verhinderung von Kartellverstößen und daraus resultierenden Bußgeldern werden finanzielle Risiken und negative Auswirkungen auf den Ruf des Unternehmens abgewendet. Die finanziellen Anreize in Bezug auf die präventive Wirkung sind sogar höher, wenn ein Unternehmen nicht mit einer Bußgeldreduzierung auf Grundlage einer Compliance-Defence rechnen kann.

996. Ebenso wenig überzeugt das Argument, dass ein Unternehmen durch eine Bußgeldminderung dafür belohnt werden sollte, dass es durch die Einrichtung eines Compliance-Programms Ermittlungsaufgaben übernimmt, die eigentlich in den staatlichen Aufgabenbereich fallen. Bei dieser Argumentation wird ignoriert, dass Unternehmen dafür verantwortlich sind, die Einhaltung des Kartellrechts zu gewährleisten. Daraus lässt sich die Verpflichtung ableiten, auch geeignete Maßnahmen der internen Kartellprävention und Kartellaufdeckung vorzunehmen. Es liegt daher schon im Ansatz keine Übernahme staatlicher Aufgaben vor. Auch die Feststellung, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen durch die Einführung von Compliance-Programmen steigt, führt nicht dazu, dass Compliance-Programme als staatliche Aufgabe einzustufen wären.

997. Eine Compliance-Defence könnte auch negative Auswirkungen auf die Compliance-Kultur haben. Die Möglichkeit einer Compliance-Defence könnte Marktteilnehmern suggerieren, dass es sich bei Kartellverstößen um „entschuldbare“, wenig schwerwiegende Vorgänge handelt. Dies könnte deren Wachsamkeit in Bezug auf die Beachtung des Kartellrechts verringern. Außerdem könnte eine Compliance-Defence Fehlanreize bei der Ausgestaltung von Compliance-Programmen setzen, wenn auch Compliance-Programme eine Bußgeldreduzierung zur Folge hätten, die gerade nicht dazu geeignet sind, vorhandene Wettbewerbsverstöße zu identifizieren bzw. den unternehmensspezifischen Compliance-Risiken zu begegnen.

998. Zu klären wäre im Übrigen, wo eine Compliance-Defence rechtstechnisch ansetzen sollte. In der Diskussion in Deutschland wurde von verschiedener Seite eine gesetzliche Regelung im Ordnungswidrigkeitengesetz vorgeschlagen, die bei Geltendmachung einer Compliance-Defence die Haftung des Unternehmens ausschließt oder begrenzt. Eine derartige Regelung könnte jedoch gegen den Effektivitätsgrundsatz des EU-Rechts verstoßen.[215] Außerdem würde eine solche Regelung den aktuellen gesetzgeberischen Bemühungen zuwider laufen, Haftungslücken im Kartellrecht zu schließen.[216] Vielmehr würden neue Haftungslücken geschaffen.

999. Alternativ könnte das Bundeskartellamt im eigenen Ermessen eine Compliance-Defence, etwa durch entsprechende Leitlinien der Bußgeldbemessung, einführen. Wettbewerbsbehörden in verschiedenen europäischen Ländern sind diesen Weg gegangen. In Frankreich ist etwa eine Bußgeldreduktion um bis zu 10 Prozent möglich.[217] Für Deutsch-

---

214 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 955 ff.

215 Der Effektivitätsgrundsatz ergibt sich primärrechtlich aus Art. 4 Abs. 3 EUV und verpflichtet die Mitgliedstaaten insbesondere Maßnahmen zu unterlassen, die einer effektiven Durchsetzung des EU-Rechts im Wege stehen.

216 Siehe dazu die Ausführungen zur 9. GWB-Novelle in Kapitel I in diesem Gutachten.

217 Autorité de la concurrence, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

land empfiehlt sich eine solche Regelung nicht. Zunächst kann das Bundeskartellamt bereits heute bestehende Compliance-Programme bei der Bemessung des Bußgelds berücksichtigen.[218] Es besteht lediglich kein Anspruch auf Berücksichtigung. Außerdem dürfte fraglich sein, ob von einer zu erwartenden Bußgeldveränderung um 10 Prozent verhaltenssteuernde Anreize ausgehen. Einer derartigen Regelung dürfte vornehmlich symbolischer Charakter im Sinne einer Anerkennung der Compliance-Bemühungen zukommen. Eine Reduzierung des Bußgelds, die deutlich über 10 Prozent liegt, wäre hingegen zwar nicht nur symbolischer Natur. Die genannten negativen Auswirkungen auf die Compliance-Kultur und die genannten europarechtlichen Bedenken sprechen jedoch auch in diesem Fall gegen eine Compliance-Defence.

4.2.2 Rechtsverstöße durch Automobilzulieferunternehmen

1000. Die Automobilindustrie spielt in Deutschland eine wichtige Rolle. Im Jahr 2015 gab es in Deutschland mehr als 1.300 Betriebe, die Kraftwagen und Kraftwagenteile produzierten. In diesen Betrieben waren über 800.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Ihr Umsatz betrug über EUR 407 Mrd. Die Zulieferindustrie hat einen bedeutenden Anteil an der Wirtschaftsleistung der Automobilindustrie. Im Jahr 2015 waren in den über 850 Zulieferbetrieben über 300.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Umsatz der Zulieferindustrie belief sich auf über EUR 77 Mrd.[219] Zum 1. Januar 2016 waren in Deutschland ca. 45 Mio. Pkw gemeldet.[220] Der Anteil von deutschen Marken an den gemeldeten Pkw belief sich auf ca. 65 Prozent.

1001. Zuletzt haben die Entwicklungen nach Bekanntwerden von Manipulationen von Abgaswerten durch Automobilhersteller die weitreichenden volkswirtschaftlichen Folgen von Rechtsverstößen aufgezeigt. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht in der Automobilzulieferindustrie können nicht nur (z. B. durch Preisabsprachen) zu höheren Preisen oder sonstigen Angebotsverschlechterungen für Pkw-Käufer führen. Auch für die in einen Kartellverstoß involvierten Unternehmen und deren Arbeitnehmer können sich weitreichende Folgen ergeben.

1002. International wurde im Berichtzeitraum eine signifikante Anzahl von Wettbewerbsverstößen durch Zulieferer der Automobilbranche ermittelt und bebußt. Die Wettbewerbsverstöße umfassten insbesondere Preisabsprachen, Kundenzuteilungen und den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen. An diesen Wettbewerbsverstößen waren auch deutsche Unternehmen beteiligt. Außerhalb der EU waren unter anderem die Behörden in den USA, Kanada, Brasilien, Japan, Indien und China mit Autoteile-Kartellen befasst. Es handelt sich dabei um einen der größten Kartellkomplexe, die von den Kartellbehörden je ermittelt wurden.

1003. Auch innerhalb der EU wurden in den vergangenen Jahren Kartellbußen im Autoteilebereich verhängt. Die Europäische Kommission hat die Verfahren zu Kabelbäumen[221], Polyurethanschaum[222], Wälzlagern[223], Standheizungen[224] sowie Generatoren und Anlassern[225] bereits abgeschlossen. Weitere laufende Verfahren auf europäischer Ebene betreffen unter anderem Sicherheitssysteme für Fahrzeuginsassen, Thermosysteme oder Auspuffsysteme. Zusammengenommen belaufen sich die in den abgeschlossenen Verfahren verhängten Geldbußen auf ca. EUR 1,5 Mrd. Es handelte sich um mehrjährige Kartellverstöße, die für unterschiedliche Zeiträume in den Jahren 2000 bis 2011 nachgewiesen wurden. Betroffen war in den meisten Verfahren der gesamte europäische Wirtschaftsraum. Die Kartelltreffen

[218] Nach den Bußgeld-Leitlinien spielt der Grad des Vorsatzes/der Fahrlässigkeit eine Rolle bei der Festsetzung der Geldbuße. Siehe BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013, Tz. 16.

[219] Vgl. Statistisches Bundesamt, Jahresbericht für Betriebe im Verarbeitenden Gewerbe, WZ08-29 (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen), 2015. Ein Betrieb ist nach der Definition des Statistischen Bundesamts eine örtliche Niederlassung.

[220] Vgl. Kraftfahrt-Bundesamt, Jahresbilanz des Fahrzeugbestandes am 1. Januar 2016, http://www.kba.de/DE/Statistik/ Fahrzeuge/Bestand/b_jahresbilanz.html?nn=644526, Abruf am 8. Juli 2016.

[221] EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Juli 2013, AT.39748 – Kabelbäume.

[222] EU-Kommission, Entscheidung vom 29. Januar 2014, AT.39801 – Polyurethanschaum.

[223] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. März 2014, AT.39922 – Wälzlager.

[224] EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Juni 2015, AT.40055 – Standheizungen.

[225] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Januar 2016, AT.40028 – Generatoren und Anlassern.

fanden teilweise außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums statt. Kartelltäter waren verschiedene Zulieferunternehmen der Automobilindustrie. In dem Verfahren zu Standheizungen ging es um ein Kartell ausschließlich zwischen zwei deutschen Unternehmen, das allerdings Auswirkungen auf den gesamten europäischen Wirtschaftsraum hatte.

1004. Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen sieben Hersteller sogenannter akustisch wirksamer Bauteile von Kraftfahrzeugen abgeschlossen (Bodenbeläge, Fußmatten, Hutablagen, Kofferraumauskleidungen, textile Radlaufschalen, Motorraumschalldämpfungen, Stirnwanddämpfungen und Kofferraumabsorber). Die Unternehmen sprachen sich in unterschiedlichem Ausmaß in dem Zeitraum von mindestens 2005 bis 2013 über Preisuntergrenzen, die Weitergabe von Rohstoffpreiserhöhungen, zu gewährende Rabatte, den Ausgleich von Werkzeugkosten und die Einbeziehung von Preisgleitklauseln ab. Die Absprachen fanden auf Leitungsebene statt. Es wurden Bußgelder in einer Gesamthöhe von rund EUR 90 Mio. verhängt. Sowohl die beteiligten Unternehmen wie auch verantwortliche Personen wurden mit einem Bußgeld belegt. Untersuchungen in einem weiteren Verfahren im Bereich der Automobilzulieferindustrie dauern noch an.

1005. Die nahezu weltweit zu beobachtenden Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden gegen die Hersteller von Autoteilen stehen in keinem direkten Zusammenhang, sind aber auch nicht völlig unverbunden. So ist etwa der Kronzeugenantrag bei der Europäischen Kommission, der das Wälzlager-Verfahren auslöste, vor dem Hintergrund von Ermittlungen der japanischen Wettbewerbsbehörde in Japan zu sehen.[226] Auch für die anderen abgeschlossenen EU-Verfahren waren Kronzeugenanträge der Ausgangspunkt. Das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Hersteller akustisch wirksamer Bauteile wurde hingegen durch einen anonymen Hinweis an das Amt ausgelöst.

1006. Den vorliegenden Hinweisen auf eine mangelhafte Beachtung der Wettbewerbsregeln im Bereich der Automobilzulieferunternehmen sollte besondere Beachtung geschenkt werden. Gerade vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Automobilindustrie könnten zielgerichtete Maßnahmen zur Vorbeugung und Aufdeckung von Rechtsverstößen sinnvoll sein. Eine Sektoruntersuchung, möglicherweise auch auf europäischer Ebene, wäre ein geeignetes Instrument, um weitere Verstöße ans Licht zu bringen und das Bewusstsein der Branche für das Wettbewerbsrecht zu schärfen. Neben horizontalen Wettbewerbsabsprachen unter Automobilzulieferern sollten dabei auch die vertikalen Beziehungen zwischen Automobilzulieferern und Automobilherstellern untersucht werden. Auf diese Weise könnte parallel geprüft werden, ob es Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Automobilhersteller gegenüber ihren jeweiligen Lieferanten gibt.

4.2.3 Gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg

1007. Das Bundeskartellamt hat die gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg am 9. Juli 2015 untersagt.[227] Das Bundeskartellamt sieht in der gemeinsamen Vermarktung von Nadelstammholz aus Privat- und Körperschaftswald durch das Land Baden-Württemberg einen Verstoß gegen das Kartellverbot. Durch den Beschluss wird auch eine Verpflichtungszusagenentscheidung des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2008 betreffend die Holzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg aufgehoben.[228] Die damaligen Verpflichtungszusagen haben nach Auffassung des Bundeskartellamtes ihr Ziel verfehlt, die Wettbewerbsstruktur auf dem betroffenen Markt langfristig zu verbessern.[229] Das Land Baden-Württemberg hat Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt.

1008. Der Fall ist aus Sicht der Monopolkommission von aktueller wettbewerbspolitischer Bedeutung, weil er zur Klärung der Frage beiträgt, in welchem Umfang die Wettbewerbsregeln auf staatliche Tätigkeiten Anwendung finden. Insofern ist zunächst daran zu erinnern, dass der Wettbewerb sowohl durch die europäischen Verträge (Art. 101 AEUV)

---

[226] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. März 2014, AT.39922 – Wälzlager, Tz. 18.

[227] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12.

[228] BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008, B 2 – 90/01-4, Wettbewerbswidrige Praxis der Holzvermarktung durch das Bundesland Baden Württemberg vertreten durch das Ministerium für Ernährung und ländlichen Raum Baden Württemberg.

[229] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 145.

wie auch durch das deutsche Kartellgesetz (§§ 1 ff. GWB) geschützt ist und die betreffenden Vorschriften für die Bundesländer verbindlich sind.[230] Der zentrale Streitpunkt zwischen dem Bundeskartellamt und dem Land Baden-Württemberg ist die Frage, inwieweit die Holzvermarktung eine – den Wettbewerbsregeln entzogene – hoheitliche Tätigkeit darstellt.

1009. Das Bundeskartellamt geht in seiner Entscheidung davon aus, dass das EU-Recht auf die Rundholz-Vermarktung in Baden-Württemberg anwendbar ist. Für die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ist ein Bezug zum europäischen Binnenmarkt notwendig. Diesen Bezug leitet das Bundeskartellamt aus dem Holzhandel zwischen Baden-Württemberg und Frankreich, insbesondere den Regionen Elsass und Lothringen, ab.[231] Dem steht nicht entgegen, dass das Bundeskartellamt die Holzvermarktung in Baden-Württemberg als räumlich relevanten Markt ansieht.[232] An die Voraussetzung des zwischenstaatlichen Bezugs werden geringe Voraussetzungen gestellt, sodass ein zwischenstaatlicher Bezug auch dann anzuerkennen sein kann, wenn bei der räumlichen Marktabgrenzung von einem nationalen oder – wie vorliegend – von einem regionalen Markt auszugehen ist. Insofern ist der Argumentation des Bundeskartellamtes zu den spürbaren Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel zu folgen.

1010. Zur Einordnung der Rundholzvermarktung als wirtschaftliche oder hoheitliche Tätigkeit ist zwischen dem Holzverkauf im engeren Sinne und den vorgelagerten Tätigkeiten zu unterscheiden. Zu den vorgelagerten Tätigkeiten zählen die Anpflanzung und Aufzucht der Bäume, die Planung der Bewirtschaftung des Waldes (forsttechnische Betriebsleitung) sowie die Vorbereitung und Durchführung der Holzernte (Revierdienst mit Auszeichnen, Holzerntemaßnahmen, Holzaufnahme und Holzlistendruck etc.).[233] Unstreitig dürfte sein, dass der Holzverkauf im engeren Sinne für sich betrachtet als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist[234], sodass vornehmlich die vorgelagerten Tätigkeiten einer genaueren Betrachtung bedürfen.

1011. Auch der EuGH hat sich bereits mit der Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit beschäftigt.[235] Er stellte fest, dass

> *„für die Beurteilung der Frage, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter habe oder nicht, die Tätigkeit des Kaufs des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen sei und dass der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimme“*.[236]

Sofern diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, sind die vorgelagerten Tätigkeiten im Falle der Holzvermarktung nach dem Wesen der späteren Verwendung, d. h. des eigentlichen Holzverkaufs, zu bewerten und als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren.

1012. Es könnten Zweifel bestehen, ob eine Übertragung der europäischen Rechtsprechung im vorliegenden Fall möglich ist. Die vorgelagerten Tätigkeiten in den der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalten dienten lediglich auf vorgelagerter Ebene einer Haupttätigkeit, ohne einen eigenständigen Zweck zu erfüllen. Dies könnte im vorliegenden Falle anders zu bewerten sein. Denn der Hege und Pflege des Waldes kommt eine eigenständige Bedeutung zu, die sich nicht aus der Holzvermarktung ableitet. Andererseits kann die Holzvermarktung ihrerseits kaum als

---

[230] Das europäische Recht hat einen Anwendungsvorrang gegenüber dem deutschen Recht, EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, C-6/64 – Costa/E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, I-1251 (1269 f.). Im deutschen Recht gilt, dass Bundesrecht Landesrecht bricht (Art. 31 GG).

[231] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 410 ff.

[232] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 128.

[233] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 210.

[234] In diesem Sinne auch BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 223.

[235] EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN / Kommission, Slg. 2006, I-06295, ECLI:EU:C:2006:453 sowie EuGH, Urteil vom 26. März 2009, C-113/07 P – Selex Sistemi Integrati / Kommission, Slg. 2009, I-02207, ECLI:EU:C:2009:191.

[236] EuGH, Urteil vom 26. März 2009, C-113/07 P – Selex Sistemi Integrati / Kommission, Slg. 2009, I-02207, ECLI:EU:C:2009:191, Rz. 102.

bloße Folgeerscheinung der Hege und Pflege des Waldes verstanden werden. Dies ergibt sich bereits aus der wirtschaftlichen Bedeutung, welche die Holzproduktion sowohl für Deutschland wie auch für Baden-Württemberg hat.[237] Die Beurteilung auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung erscheint somit offen.

1013. Dies bedarf jedoch keiner Klärung, wenn mit den vorgelagerten Tätigkeiten wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Aufschluss über die Abgrenzung von hoheitlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten könnte im vorliegenden Fall das baden-württembergische Landeswaldgesetz[238] (LWaldG) geben. Denn der Zweck dieses Gesetzes ist es unter anderem, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und den Belangen der Waldbesitzer herbeizuführen.[239] Tatsächlich finden sich dort Aufgaben, die unzweifelhaft als hoheitliche Tätigkeiten einzustufen sind. Zu nennen sind insbesondere die Forstaufsicht (§§ 67-68 LWaldG), der Forstschutz (§ 79 LWaldG), die forstlichen Rahmenplanung (§§ 5-7 LWaldG), die Waldpädagogik und die forstlichen Förderungsmaßnahmen (§§ 42-44 LWaldG).[240] Diese Aufgaben werden durch das Gesetz explizit dem Land Baden-Württemberg zugewiesen. Die Grundpflichten zur Erhaltung, Pflege und Bewirtschaftung des Waldes aus §§ 9-22 LWaldG richten sich hingegen an die – auch kommunalen und privaten – Waldbesitzer. Das spricht dafür, dass die betroffenen Tätigkeiten wirtschaftliche und keine hoheitliche Tätigkeiten sind.

1014. Dem steht auch nicht entgegen, dass die gesetzlichen Regelungen in den §§ 9-22 LWaldG der Hege und Pflege des Waldes ausdrücklich eine Priorität gegenüber der Holzvermarktung einräumen. Durch derartige Vorgaben werden zwar dem wirtschaftlichen Handeln Grenzen gesetzt. Der wirtschaftliche Charakter der Holzvermarktung bleibt davon jedoch unberührt. Es handelt sich insoweit um Inhaltsbestimmungen der privaten Eigentumsgrundrechte und Ausübungsregelungen für die Berufsfreiheit.[241] Eine hoheitliche Tätigkeit besteht lediglich darin, die Einhaltung dieser Pflichten zu überwachen und zu kontrollieren.

1015. Forstwirtschaftliche Dienstleistungen im Sinne des baden-württembergischen Rechts, die dem Holzverkauf vorgelagert sind, sind auf dieser Grundlage als wirtschaftliche Tätigkeiten zu bewerten. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Dienstleistung im Privatwald, im Kommunalwald oder im Landeswald erbracht wird. Zwar haben der Staatswald nach § 45 Abs. 1 LWaldG und der Körperschaftswald nach § 46 LWaldG i. V. m. § 45 Abs. 1 LWaldG dem Allgemeinwohl in besonderem Maße zu dienen. Die Berücksichtigung dieser speziellen Vorgaben kann jedoch gerade durch Überwachung und Kontrolle der Pflichten zur Hege und Pflege des Waldes sichergestellt werden. Die genannten gesetzlichen Vorgaben lassen sich nicht dahin gehend auslegen, dass die vorgenannten forstwirtschaftlichen Dienstleistungen als hoheitliche Tätigkeiten zu qualifizieren wären.

1016. Auch Art. 106 Abs. 1 AEUV spricht für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts. Demnach dürfen Mitgliedstaaten[242] in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Die Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten die Wettbewerbsregeln der EU-Verträge für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, soweit „die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Selbst wenn die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einzustufen wären, so würde die Anwendung des Wettbewerbsrechts den Waldbesitzern die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben weder rechtlich noch tatsächlich verhindern. Ein gesetzlich vorgesehener Schutz der Hege und Pflege des

---

[237] Dazu ausführlich BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 231 ff.

[238] Waldgesetz für Baden-Württemberg (Landeswaldgesetz), GBl. 1995, 685.

[239] Waldgesetz für Baden-Württemberg (Landeswaldgesetz), GBl. 1995, 685, § 1 Nr. 3.

[240] Vgl. BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 230.

[241] So auch BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 262 mit Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, Art. 14 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg.

[242] Im Zusammenhang des Art. 106 Abs. 1 AEUV schließt der Begriff der „Mitgliedstaaten“ auch Gebietskörperschaften ein; EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, C-30/87 – Bodson / Pompes funèbres des régions libérées, Slg. 1988, I-2479, ECLI:EU:C:1988:225, Rz. 33.

Waldes kann nämlich auch bei Anwendung des Wettbewerbsrechts durch Überwachung und Kontrolle der zu erbringenden Dienstleistungen erfolgen. Auf dieser Grundlage kann sich an der rechtlichen Bewertung auch nichts ändern, wenn man dem Gesetzgeber bei der Prüfung der Frage, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens gefährdet, einen Ermessensspielraum zubilligt.[243]

1017. In engem Zusammenhang mit Art. 106 Abs. 2 AEUV steht das Konzept der Daseinsvorsorge im deutschen Recht.[244] Allerdings sind „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“ im deutschen Recht nicht deckungsgleich mit den im AEUV verankerten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Der in politischen und rechtlichen Zusammenhängen uneinheitlich gebrauchte Begriff der Daseinsvorsorge beschreibt insbesondere eine Verwaltungsaufgabe. Auch eine Leistung der Daseinsvorsorge kann jedoch eine unternehmerische Tätigkeit sein. Eine unternehmerische Tätigkeit liegt vor, wenn eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt.[245] Selbst wenn die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten jedoch als Tätigkeiten der Daseinsvorsorge im Sinne des deutschen Rechts zu verstehen wären, hätte dies keine Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung. Denn auch auf Leistungen der Daseinsvorsorge findet zumindest das europäische Wettbewerbsrecht Anwendung, sofern es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

1018. Das Land Baden-Württemberg hat beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegt. Es ist zu erwarten, dass das Urteil des OLG Düsseldorf dazu beitragen wird, die mitunter komplexe Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit klarer zu konturieren. Dadurch könnte mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der damit verbundenen Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission eine Vorlage nach Art. 267 AEUV an.[246]

1019. Davon unabhängig begrüßt die Monopolkommission, dass das Bundeskartellamt diesen Fall aufgegriffen und entschieden vorangetrieben hat. Sie teilt die Erwägung, dass die Interessen der Länder bei der Waldbewirtschaftung nicht von vornherein ausreichen können, um das staatliche Handeln im Rahmen der Holzvermarktung einer Überprüfung durch die Kartellbehörden zu entziehen. Auch in anderem Zusammenhang hat sie bereits darauf hingewiesen, dass die Länder die Wettbewerbsregeln stärker beachten sollten.[247]

1020. Aktuell wird eine Änderung des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) diskutiert, die darauf abzielt, die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten vom Kartellrecht freizustellen. Es existiert ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung[248] sowie ein Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz[249]. Beide Vorschläge sehen die Einführung eines § 46 BWaldG vor, der Tätigkeiten wie die Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, die Markierung, Ernte und Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung nach § 2 GWB von der Anwendung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freistellt. Bei Anwendung des Europäischen Rechts soll eine Vermutungsregelung greifen, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.

---

[243] BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44. Siehe dazu auch Tz. 1023 ff. in diesem Gutachten.

[244] Siehe zu den folgenden Ausführungen auch bereits Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen. Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 11. September 2014 in der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Baden-Baden 2015, S. 70 ff.

[245] BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 58/11 – Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, BGHZ 199, 1 (zit. nach Juris), Rz. 43.

[246] Vgl. auch Tz. 1023 ff. in diesem Gutachten.

[247] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1117-1328 (zur Rekommunalisierung) sowie Tz. 1923-1997 (zum Regionalprinzip der Sparkassen).

[248] BMEL, Pressemitteilung Nr. 31 vom 25. Februar 2016, Wald schützen und Waldbesitzer stärken, http://www.bmel.de/SharedDocs/ Pressemitteilungen/2016/031-SC-Wald-undJagdgesetz.html, Abruf am 20. Juni 2016.

[249] Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BR-Drs. 92/16 vom 19. Februar 2016.

1021. Die Monopolkommission sieht diese Pläne kritisch. Die genannten vorgelagerten forstwirtschaftliche Dienstleistungen sind sehr eng mit dem Holzverkauf im engeren Sinne verbunden. Wettbewerbliche Strukturen beim Holzverkauf im engeren Sinne können nur sichergestellt werden, wenn die Regelungen des Wettbewerbsrechts auch für die vorgelagerten Tätigkeiten gelten. Zudem dürfte die geplante Vermutungsregel für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gegen das EU-Recht verstoßen. Art. 2 Abs. 2 der VO 1/2003 weist die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, den betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu. Die geplanten Änderungen würden zu einer Umkehrung dieser Beweislast führen und damit gegen Art. 2 Abs. 2 der VO 1/2003 verstoßen.

1022. Der Vorschlag aus Rheinland-Pfalz sieht darüber hinaus vor, die gemeinsame Holzvermarktung von nicht-staatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen vom Kartellverbot freizustellen, soweit die Forstbetriebsfläche der beteiligten nicht-staatlichen Forstunternehmen 3000 Hektar oder der beteiligten forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse 8000 Hektar nicht überschreitet. Dies entspricht den Schwellenwerten aus der Verpflichtungszusagenentscheidung aus dem Jahr 2008.[250] Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes in dem aktuellen Verfahren haben jedoch gerade ergeben, dass Schwellenwerte in dieser Höhe nicht ausgereicht haben, um eine wettbewerbliche Angebotsstruktur bei der Produktion und Vermarktung von Rundholz in Baden-Württemberg zu erreichen.[251] Eine gesetzliche Vorgabe dieser Schwellen ist daher mit Nachdruck abzulehnen.

4.2.4 Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Presse-Grosso

1023. Der Bundesgerichtshof hat im Berichtszeitraum ein letztinstanzliches Urteil zum zentralen Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso erlassen. Der Rechtsstreit betraf die Vereinbarkeit des zentralen Verhandlungsmonopols mit europäischem Recht. Der Bundesgerichtshof hat das vorinstanzliche Urteil des OLG Düsseldorf aufgehoben und entschieden, dass § 30 Abs. 2a GWB die Presseverlage und Presse-Grossisten sowie ihre Vereinigungen wirksam damit betraut, den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel sicherzustellen. Die genannte Vorschrift sei mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar.

1024. Die Monopolkommission hatte die Entscheidung der Vorinstanz im XX. Hauptgutachten im Ergebnis für zutreffend gehalten. Die das Presse-Grosso betreffende Regelung in § 30 Abs. 2a GWB sei nur zu rechtfertigen, wenn und soweit die im Presse-Grosso-System vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen zur Sicherstellung der Pressevielfalt wirklich erforderlich seien. Diese wettbewerbspolitische Einschätzung beruhte unter anderem auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine Berufung auf Art. 106 Abs. 2 AEUV im Falle einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Maßnahme nur dann in Betracht kommt, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs erforderlich sind, um die Erfüllung der den betreffenden Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen.[252]

1025. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Europäische Gerichtshof hinsichtlich der Frage, ob eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist, um die Erfüllung der einem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen, nicht zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch unternehmerisches Verhalten oder durch staatliche Maßnahmen unterscheidet.[253] Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führt nach

---

[250] BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008 – B 2 – 90/01-4, Wettbewerbswidrige Praxis der Holzvermarktung durch das Bundesland Baden Württemberg vertreten durch das Ministerium für Ernährung und ländlichen Raum Baden Württemberg.

[251] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 171.

[252] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1065; unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 106. In diesem Urteil findet sich erstmals die Formulierung, dass eine Berufung „nur dann" in Betracht komme; ansonsten inhaltlich ähnlich aber schon EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV, Slg. 1998, I-4075, ECLI:EU:C:1998:316, Rz. 65-67.

[253] Siehe einerseits EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 106; andererseits EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV, Slg. 1998, I-4075, ECLI:EU:C:1998:316, Rz. 65-67; zu den Nachweisanforderungen EuGH, Urteil vom 23.Oktober 1997, C-157/94 – Niederlande/Kommission, Slg. 1997, I-5699, ECLI:EU:C:1997:499, Rz. 51, 58; Urteil vom 13. Mai 2003, C-463/00 – Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4581, ECLI:EU:C:2003:272, Rz. 82 f. (unter ausdrücklicher Zurückweisung einer pauschalen Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG [= Art. 106 Abs. 2 AEUV]).

Auffassung der Monopolkommission dazu, dass der Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln sich einheitlich aus dem EU-Recht und nicht aus Ermessenserwägungen der Mitgliedstaaten oder gar aus Maßnahmen der von diesen betrauten Unternehmen ergibt.

1026. Der Bundesgerichtshof ist in seinem Urteil dagegen von der Prämisse ausgegangen, dass ein Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers hinsichtlich der Frage bestehe, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens gefährdet.[254] Eine Auseinandersetzung mit der hier zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfolgte nicht, ebenso auch keine Vorlage nach Art. 267 AEUV.[255]

1027. Das Urteil zum Presse-Grosso kann wettbewerbspolitisch problematische Auswirkungen haben. Die Nichtvorlage trotz abweichender höherrangiger Rechtsprechung kann auf längere Sicht zu Rechtsunsicherheit führen.[256]

1028. Aus Sicht der Monopolkommission ist der vom Bundesgerichtshof im Presse-Grosso-Fall angenommene „Ermessensspielraum" des nationalen Gesetzgebers auch wettbewerbspolitisch problematisch. Insbesondere wird hierdurch die Kompetenz der Europäischen Institutionen und der nationalen Kartellbehörden zur Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln von einer Einschätzung des nationalen Gesetzgebers abhängig gemacht. Ein dem nationalen Gesetzgeber eingeräumtes und gerichtlich allenfalls beschränkt überprüfbares Ermessen würde auch dem nach einheitlichen Grundsätzen gewährleisteten unionsweiten Schutz des unverfälschten Wettbewerbs – und damit dem unionsrechtlichen Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes – entgegenwirken, möglicherweise ohne dass dies im Einzelfall durch den Schutz anderer nationaler Rechtsgüter gerechtfertigt wäre.[257] Die Verneinung eines gesetzgeberischen Ermessens würde auch nicht bedeuten, dass eine Maßnahme im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV automatisch wettbewerbswidrig wäre. Denn Art. 106 Abs. 2 AEUV betrifft allein den Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts und enthält selbst keinen Verbotstatbestand, auch kein Verbot von Maßnahmen eines nationalen Gesetzgebers. Wenn solche Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht von den Wettbewerbsregeln ausgenommen sind, kann dies allerdings dazu führen, dass sie wegen Verstoßes gegen Art. 101 ff., 106 Abs. 1 AEUV unwirksam sind, sofern es für sie keine ausreichende ökonomische Rechtfertigung gibt. Eine solche ökonomische Rechtfertigung ist aus Sicht der Monopolkommission im Falle des Presse-Grosso zu bezweifeln.[258]

1029. Die Monopolkommission hält es vor diesem Hintergrund für problematisch, dass der Bundesgerichtshof in Hinblick auf das Presse-Grosso von einem beschränkten gerichtlichen Prüfungsumfang ausgeht und nur eine ökonomische Plausibilitätsprüfung alleine auf der Grundlage der Gesetzgebungsmaterialien zu § 30 Abs. 2a GWB vornimmt.[259] Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die Gerichte verpflichtet, selbst zu prüfen, ob eine Maßnahme dafür erforderlich ist, dass ein Unternehmen seine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe wahrnehmen kann.[260] Diese Rechtsprechung gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass insofern eine bloße Plausibilitätskontrolle genügt.[261] Der Bundesgerichtshof hätte nach Ansicht der Monopolkommission Anlass gehabt, die ökonomische Rechtfertigung des Presse-Grosso-Systems kritisch zu hinterfragen.

---

[254] BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44 ff.

[255] Das Urteil ist stattdessen auf eine abweichende, ältere Rechtsprechung des Gerichts (EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, T-289/03 – BUPA) und einige Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts zu anderen Rechtsfragen im Rahmen von Art 106 Abs. 2 AEUV gestützt (Rz. 46-49, 64).

[256] Siehe nur Vollmer in: Münch. Kom., Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015, § 81 GWB, Rz. 114 ff. m. w. N.; Achenbach, WuW 2031, 688; Barth/Budde, NZKart 2013, 311; Ackermann, ZHR 179, 538 (542) (2015).

[257] Siehe auch EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2004, C-277/02 – EU-Wood-Trading, Rz. 49, wonach von Unionsrecht abweichendes nationales Recht auch außerhalb der Wettbewerbsregeln nur im Rahmen des Erforderlichen anwendbar ist.

[258] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1065; siehe auch schon IX. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Baden-Baden 1992, Tz. 748 mit Fn. 66, zu einem von einzelnen Großverlagen aufgebauten Vertriebssystems als eine denkbare Alternative.

[259] BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz.47 sowie Rz. 51, 56, 65.

[260] EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Rz. 16, 20; Urteil vom 27. April 1994, C-393/92 – Almelo, Rz. 49 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 23. Mai 2000, C-209/98- Sydhavnens Sten & Grus, Rz. 77 ff.

[261] Siehe die in Fn. 252 bzw. 260 zitierte Rechtsprechung.

1030. Die Monopolkommission regt eine abschließende Klärung durch die Europäische Kommission zu der vom Bundesgerichtshof offen gelassenen Frage an, ob das bestehende Presse-Grosso-System eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 AEUV darstellt.[262]

4.2.5 Patentvergleiche zwischen Pharmaunternehmen

1031. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ein Verfahren gegen mehrere Pharmaunternehmen wegen Patentvergleichen abgeschlossen. Patentvergleiche werden in Situationen geschlossen, in denen die Gültigkeit von Patenten bei pharmazeutischen Produkten unklar ist, ein Hersteller eines Nachahmerproduktes in den Markt eintreten möchte und ein Streit über den Markteintritt im Rahmen eines Vergleichs beigelegt wird.

1032. Im Rahmen eines von der Europäischen Kommission abgeschlossenen Verfahrens wurden Geldbußen in Höhe von EUR 427,7 Mio. verhängt. In zwei weiteren Verfahren hat die Europäische Kommission die im letzten Berichtszeitraum ergangenen Entscheidungen veröffentlicht.[263] Rechtsmittelverfahren in den genannten Fällen und zumindest ein weiteres Kommissionsverfahren gegen zwei Pharmaunternehmen sind noch anhängig.[264] Die Europäische Kommission hatte die Verfahren wegen Patentvergleichen im Anschluss an ihre Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten 2009 eingeleitet.[265] Sie überwacht weiterhin die Praxis bei Patentvergleichen in der EU und fasst die Entwicklung in regelmäßigen Berichten zusammen.[266] Auf nationaler Ebene hat auch die britische CMA ein Verfahren gegen mehrere – auch deutsche – Unternehmen mit Geldbußen in Höhe von GBP 45 Mio. (EUR 58 Mio.) abgeschlossen.[267] Das Bundeskartellamt hat bisher noch keine Verfahren wegen Patentvergleichen im deutschen Markt durchgeführt.

1033. Den Verfahren der Europäischen Kommission wird eine wichtige Signalwirkung zugesprochen, da kartellrechtswidrige Patentvergleiche zu ungerechtfertigten und hohen Zusatzbelastungen für die Sozialversicherungssysteme führen können. Denn Generika werden bei Markteintritt in der EU zu einem um durchschnittlich 25 Prozent niedrigeren Preis als die Originalpräparate angeboten und führen zu erheblichen Preissenkungen auch bei den Originalpräparaten. Die Europäische Kommission schätzt, dass es bei einem nicht verzögerten Markteintritt von Generika zu um durchschnittlich 20 Prozent höheren Einsparungen für das Gesundheitssystem kommen würde.[268]

1034. Die Kommissionsverfahren haben folgenden wirtschaftlichen Hintergrund: Auf den Märkten für verschreibungspflichtige Arzneimittel herrscht zunehmend heftiger Wettbewerb zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und Generika-Herstellern. Letztere vertreiben Arzneimittel mit denselben oder gleich wirksamen Wirkstoffen, jedoch ohne die Nutzung der Herstellermarke und zu einem oft erheblich niedrigeren Preis.

1035. Die Hersteller von Originalpräparaten nutzen verschiedene Mittel, um ihre Geschäftsinteressen zu schützen, unter anderem Klagen gegen Generika-Hersteller wegen Patentverletzungen. Die Streitigkeiten wegen Patentverletzungen werden in der Regel nicht durch Urteil, insbesondere durch ein Urteil zugunsten des Originalpräparate-Herstellers, beendet. In vielen Fällen kommt es stattdessen zu einer Beendigung durch Vergleich. Diese Vergleiche führen unter Umständen zu einer Beschränkung oder Verzögerung des Markteintritts mit Generika. Außerdem fließen Zahlungen zum Teil nicht vom Generika-Hersteller – als möglichem Patentverletzer – an den Originalpräparate-Hersteller, sondern in umgekehrter Richtung. Die betreffenden Vereinbarungen werden deshalb auch als Pay-for-delay-Vereinbarungen oder als „umgekehrte" Vergleiche (reverse settlements) bezeichnet.

---

[262] Vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz.17.

[263] EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Juli 2014, AT. 39.612 – Perindopril (Servier); Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck; Entscheidung vom 10. Dezember 2013, AT. 39.685 – Fentanyl.

[264] EuG, T-472/13 – Lundbeck und T-691/14 – Servier; EU-Kommission, Fall 39.686 – Cephalon.

[265] Vgl. EU-Kommission, Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html, Abruf am 22. Juni 2016.

[266] Dazu siehe EU-Kommission, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html, Abruf am 1. Juli 2016.

[267] CMA, Entscheidung vom 12. Februar 2016, CE/9531-11 – Parotexine.

[268] EU-Kommission, Mitteilung, Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors, S. 10.

1036. Die Europäische Kommission ist gegen solche Vereinbarungen lange Zeit nicht vorgegangen. Ein Grund hierfür war, dass sie sich auf den Wettbewerb entlang der Vertriebskette (Intra-brand-Wettbewerb; z. B. in Fällen des Parallelhandels) konzentriert hat anstelle des Herstellerwettbewerbs zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern (Inter-brand-Wettbewerb). Das hat sich auf EU-Ebene im Nachgang der Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten geändert. Auf nationaler Ebene hat es hingegen nur wenige Verfahren gegeben.

1037. Eine wettbewerbspolitische Würdigung der Kommissionsverfahren erfordert eine Auseinandersetzung mit den wettbewerbsökonomischen Problemen von Patentvergleichen (dazu Abschnitt 4.2.5.1. in diesem Teilkapitel) und eine wettbewerbsrechtliche Einordnung der hier relevanten Patentvergleiche (dazu Abschnitt 4.2.5.2. in diesem Teilkapitel). Auf dieser Grundlage macht die Monopolkommission Empfehlungen für die deutsche Verfolgungspraxis (dazu Abschnitt 4.2.5.3 in diesem Teilkapitel).

4.2.5.1 Die wettbewerbsökonomische Problematik von Patentvergleichen

1038. Die von der Europäischen Kommission angegriffenen Patentvergleiche berühren die Interessen der betroffenen Marktakteure, sind aber auch für die Sozialversicherungsträger und Patienten von hoher wirtschaftlicher Bedeutung. Zwar dienen die Patentvergleiche zunächst nur einem Interessenausgleich zwischen den Originalpräparate- und den Generika-Herstellern. Sie können sich aber zulasten von betroffenen Interessen dritter Personen auswirken.

1039. Die Möglichkeit einer Belastung Dritter und der damit verbundenen ökonomischen Ineffizienz von Patentvergleichen erfordert zunächst eine Betrachtung der ökonomischen Wirkungen von Patentsystemen. Patentsysteme spezifizieren Verfügungsrechte an geistigem Eigentum. Durch das Patent und das damit verbundene Recht, eine Nachahmung und Nutzung seiner geschützten Erfindung für einen bestimmten Zeitraum zu verhindern, wird der Patentinhaber in die Lage versetzt, einen Monopolpreis für seine Innovation zu verlangen.

1040. Im Pharmasektor verhindert der Patentschutz, dass Dritte von der Erfindung eines neuen Arzneimittels profitieren und Nachahmerpräparate herstellen. Terminologisch spricht man bei (ursprünglich) patentgeschützten Arzneimitteln auch von „Originalpräparaten". Der Patentschutz setzt Anreize für die Hersteller von Arzneimitteln, hohe Kosten für Forschung und Entwicklung aufzuwenden, indem er Ihnen erlaubt, sich mögliche Innovationsrenten aus der Vermarktung von Originalpräparaten anzueignen. Können die Hersteller ihr Patent nicht schützen, dann kann der mit einem Markteintritt eines Generika-Herstellers einhergehende Preisverfall auch die Entwicklung verbesserter Produkte einer neuen Arzneimittelgeneration beeinträchtigen. Ein unzureichender Schutz kann auch dann vorliegen, wenn der Schutzumfang eines Patents nicht ausreichend definiert ist und Unsicherheit über den Schutz vorliegt. In diesen Fällen kann der Patentschutz angegriffen und bestritten werden.[269] In Deutschland können Patentinhaber ferner auch nicht ohne weiteres einstweiligen Rechtsschutz erlangen, wenn das betreffende Patent durch einen Generika-Hersteller bestritten wird.[270] Die Fragmentierung der europäischen Rechtssysteme im Bereich des geistigen Eigentums erschwert den Rechtsschutz für Patentinhaber zusätzlich.

1041. Während ein wirksames Patentschutzsystem Anreize für die Innovationstätigkeit von Unternehmen setzt, stehen dem Konzept jedoch auch Nachteile gegenüber, weil das mit dem Schutz geschaffene Monopol auch eine Machtstellung aufseiten des Patentnehmers eröffnet. Mit dem Patent auf eine einmal geschaffene Erfindung gehen deshalb gewöhnlich (statische) Wohlfahrtsverluste einher, weil der Monopolpreis in der Regel gegenüber dem Wettbewerbspreis liegt und geringere nachgefragte Mengen zur Folge hat. Verteilungstheoretisch verlieren Konsumenten durch den Patentschutz mögliche Renten, die Ihnen bei niedrigeren Wettbewerbspreisen zugute kämen. Im Arzneimittelbereich sind es insbesondere Verbraucher und Sozialversicherungsträger, denen durch den Monopolpreis höhere Kosten entstehen.

[269] Shapiro und Lemley zeigen, dass in mindestens 50 Prozent der Fälle, in denen Patente angegriffen wurden, der Schutz tatsächlich unwirksam war; vgl. Lemley, M. A./Shapiro, C., Probabilistic Patents, Journal of Economic Perspectives 19(2), 2005, S. 75-98.

[270] Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. April 2010, I-2 U 126/09, Rz. 42 ff.; Urteil vom 20. November 2011, I-2 U 55/10; Rz. 118 ff.; LG Düsseldorf, Urteil vom 4. September 2012, 4a O 50/12, Rz. 52 f.

1042. Um eine effiziente Balance zwischen den Vor- und Nachteilen des Patentschutzes herzustellen, sind der Umfang und die Laufzeit von Patenten wesentliche Stellschrauben. Diese Parameter begrenzen den Patentschutz und verhindern, dass die Monopolrenten auf Dauer anfallen. Patente im pharmazeutischen Bereich besitzen typischerweise eine Laufzeit von 20 Jahren. Die effektive Laufzeit ist jedoch meist erheblich kürzer, da das Patent bereits lange vor der Marktzulassung angemeldet wird und der Schutzzeitraum sofort beginnt. In Bezug auf die Patentpraxis in der Arzneimittelbranche ist zudem eine Unterscheidung zwischen Primärpatente (d. h. Patente auf wirksame Substanzen) und Sekundärpatente (d. h. Patente auf die Anwendung von geschützten Produktionsmethoden o. ä.) üblich. Durch die nachträgliche Anmeldung von Sekundärpatenten versuchen die Hersteller, ihren Ertrag zu verbessern, indem sie den Schutzzeitraum eines Arzneimittels faktisch ausweiten.

1043. Zu Patentstreitigkeiten kann es kommen, wenn Unklarheit über den Schutz besteht, etwa weil der Umfang geschützter Produktionsmethoden nicht eindeutig bestimmt werden kann oder weil das Patent unzureichend beschrieben wurde. In der Praxis machen die Originalpräparate-Hersteller in vielen Fällen zunächst eine Verletzung von Primärpatenten geltend, verfolgen im Klagewege aber nur die Verletzung von Sekundärpatenten.[271] In diesen Fällen ist im Vorhinein häufig nicht eindeutig ersichtlich, ob bzw. in welchem Umfang ein Patentschutz besteht.

1044. Ein Vergleich stellt grundsätzlich eine Möglichkeit dar, die oftmals zeit- und kostenintensive Durchführung eines Gerichtsverfahrens zu verkürzen. Damit es zu einem Vergleich kommt, muss das Ergebnis der Übereinkunft zumindest den erwarteten saldierten Kosten und Nutzen eines Gerichtsverfahrens entsprechen. Da als Wirkung eines Vergleichs Verfahrenskosten eingespart werden, sind viele anlässlich von rechtlichen Streitigkeiten geschlossene Vergleiche außerhalb von Patentvergleichen volkswirtschaftlich effizient.

1045. Im Fall von Patentvergleichen ist die Situation jedoch anders gelagert, weil das Patent auf der einen Seite den Innovator sowie die begrenzte Laufzeit des Patents und auf der anderen Seite den Wettbewerb schützen soll. Von der Laufzeitbegrenzung eines Patents profitiert nicht nur der Generika-Hersteller, indem er das Produkt herstellen und vermarkten und so eine eigene Produzentenrente generieren kann. Daneben profitieren auch die Verbraucher (bzw. im Gesundheitssystem die Gemeinschaft der Versicherten) von sinkenden Arzneimittelpreisen. Da der Vergleich indes nur zwischen Originalpräparate-Hersteller und Generika-Hersteller geschlossen wird und die Verbraucherinteressen unberücksichtigt bleiben, kann ein Patentvergleich bei einer Einigung über einen verzögerten Markteintritt des Generika-Herstellers zu einer ineffizienten Situation führen. Zu einer solchen ineffizienten Situation kann es deshalb kommen, weil der Originalpräparate-Hersteller einen Anreiz hat, gegebenenfalls die durch die Sicherheit über den verzögerten Markteintritt möglichen Monopolrenten mit dem Generika-Hersteller zu teilen. Letzterer will hingegen mindestens eine Rente erzielen, die der erwarteten Rente aus einem erfolgreichen Markteintritt entspricht. Ein Vergleich kann deshalb dazu führen, dass sich beide Vergleichsparteien besser stellen, während der Verbraucher die bei einem Markteintritt erwartete Konsumentenrente verliert. Es ist davon auszugehen, dass die dargestellte Situation in vielen praktischen Fällen aus einer wohlfahrtsökonomischen Sicht nachteilig ist.

1046. Allerdings kann es auch Situationen geben, in denen ein Patentvergleich ökonomisch effizient ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn in Folge des Vergleichs hohe Verfahrenskosten eingespart werden, die den ökonomischen Nachteil der zeitlichen Ausdehnung der Monopolsituation überwiegen. Ökonomisch ist die Wirkung von Patentvergleichen daher nicht eindeutig. Reduziert man die Bewertung auf die Konsumentenwohlfahrt, dann sind Patentvergleiche allerdings grundsätzlich von Nachteil.

1047. Vor diesem Hintergrund sind Patentvergleiche aus ökonomischer Sicht grundsätzlich ambivalent zu bewerten. Eine entsprechende Abwägung müsste im Einzelfall erfolgen, erscheint in vielen Fällen aufgrund von Informationsproblemen und dem damit verbundenen hohen Aufwand praktisch jedoch kaum möglich. Umstritten ist, ob Patentvergleiche aufgrund ihrer möglichen negativen Wohlfahrtseffekte per se verboten werden sollten oder ob eine Entscheidung im Einzelfall vorzugswürdig ist.[272]

---

[271] EU-Kommission, Mitteilung, Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors, S. 13.

[272] Für einen Überblick über die wissenschaftliche Diskussion vgl. Frank, S./Kerber, W., Patent Settlements in the Pharmaceutical Industry: What Can We Learn From Economic Analysis?; MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, Nr. 01-2016.

4.2.5.2 Wettbewerbsrechtliche Würdigung in der kartellbehördlichen Praxis

Allgemeines

1048. Die Hersteller von Originalpräparaten haben nach dem Ausgeführten ein Interesse am Schutz ihrer Investitionen durch Patente, sehen sich dabei doch den gegenläufigen Interessen der Hersteller von Generika sowie der öffentlichen Gesundheitssysteme und der Patienten an einer frühzeitigen Entfachung von Wettbewerb gegenüber. Zum Schutz ihrer Investitionen können sie sowohl Klagen und Vergleichsvereinbarungen wie auch andere, auf ihre Patente gestützte Instrumente einsetzen.[273]

1049. Patentvergleiche zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern sind seit der Jahrtausendwende weltweit zunehmend in den Fokus der Kartellbehörden gerückt. Eine erhebliche rechtliche Herausforderung stellt dabei die Abgrenzung des Patentschutzes vom Wettbewerbsschutz dar.

1050. In der EU hat der Europäische Gerichtshof bereits 1979 entschieden, dass Vereinbarungen über gewerbliche Schutzrechte („Intellectual Property“ – IP) den EU-Wettbewerbsregeln nicht entzogen sind.[274] In jüngerer Zeit hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass es auch nicht erforderlich ist, die Gültigkeit eines Schutzrechts näher zu würdigen, wenn eine Vereinbarung über den Schutzumfang des Rechts hinausgeht und dabei den Wettbewerb beschränkt.[275] Dies betrifft auch Vereinbarungen mit Nichtangriffsklauseln, die den Patentvergleichen zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern vom Vereinbarungsgehalt her nahekommen.

1051. In Bezug auf Nichtangriffsklauseln hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass solche Klauseln in einer nicht-exklusiven Lizenzvereinbarung den Schutzumfang des Patents überschritten und in einem solchen Fall wahrscheinlich wettbewerbswidrig seien.[276] Dagegen beschränkt nach Ansicht des Gerichtshofs eine Nichtangriffsklausel nicht einmal den Wettbewerb, wenn der Schutzrechtsinhaber Lizenzen unentgeltlich vergibt oder das Patent sich auf einen Prozess bezieht, der nach dem Stand der Technik ohnehin veraltet ist.[277] In der Tat kann der Lizenznehmer in diesen Fällen eine Lizenz ohne Weiteres erhalten oder benötigt sie nicht einmal, sodass er in seinen eigenen Aktivitäten kaum nennenswert behindert wird. Nichtangriffsklauseln können auch aus anderen Gründen keine spürbaren Auswirkungen haben oder zumindest zu rechtfertigen sein (Art. 101 Abs. 3 AEUV).[278]

1052. In den USA gibt der Hatch-Waxman Act den Herstellern von Originalpräparaten die Möglichkeit, über den Antrag für eine erneute Verkaufserlaubnis den Markteintritt von Generika für 180 Tage zu unterbinden.[279] Soweit die Wettbewerbsvorschriften außerhalb dieser Regelung anwendbar sind, hat die Federal Trade Commission (FTC) Patentvergleiche im Zeitraum 1999 bis 2004 zunächst als sogenannte Per-se-Verstöße verfolgt. Die Gerichte sind diesem Ansatz allerdings nur teilweise gefolgt.[280] Im Jahr 2012 entschied schließlich der U. S. Supreme Court, dass Patentvergleiche einem flexibleren Prüfungsstandard (Rule of Reason) unterliegen, was eine Einzelfallprüfung erforderlich macht.[281]

1053. Die Europäische Kommission hat nach dem Abschluss ihrer Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten im Sommer 2009 einen neuen, eigenen Ansatz entwickelt, der über die in der europäischen Rechtsprechung entwickelten

---

[273] Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 P – AstraZeneca (Losec), ECLI:EU:C:2012:770, zu wettbewerbsrechtlich problematischen einseitigen Maßnahmen.

[274] EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, 258/78 – Nungesser, Slg. 1982, I-2015, ES1982/00615, ECLI:EU:C:1982:211.

[275] EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403 u. 429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, ECLI:EU:C:2011:631, Rz. 137 ff.; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 1036 ff.

[276] EuGH, Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, I-611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 92-93.

[277] EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süllhöfer, Slg. 1988, I-5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 17-18.

[278] EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süllhöfer, Slg. 1988, I-5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 19; Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, I-611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 100-101 (wo die Voraussetzungen für eine Freistellung allerdings nicht erfüllt waren).

[279] Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, Public Law 98-417, 21 U.S.C. §§ 301 ff.

[280] FTC, Pay-for-Delay: How Drug Company Pay-Offs Cost Consumers Billions, FTC Staff Study, Januar 2010.

[281] FTC v. Actavis, Inc., 570 U.S. 756 (2013).

Grundsätze hinausgeht. Ausgehend von ihren Erkenntnissen in der Sektoruntersuchung unterscheidet die Europäische Kommission bei Patentvergleichen zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern wie folgt:[282]

- Vergleiche, die mit keiner Beschränkung für den Marktzutritt von Generika verbunden sind (Typ A);
- Vergleiche, die mit einer Beschränkung für den Marktzutritt von Generika verbunden sind (Typ B) und die
  - entweder keinen Werttransfer vorsehen (Typ B.I)
  - oder einen Werttransfer vorsehen (Typ B.II).

1054. Innerhalb dieser Gruppen geben Patentvergleiche des Typs A aus Sicht der Europäischen Kommission keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Dasselbe gilt für Vergleiche des Typs B.I, außer wenn der Vergleich Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb der Grenzen des patentrechtlichen Schutzumfangs enthält oder wenn der Patentinhaber weiß, dass er einen Patentschutz eigentlich gar nicht beanspruchen darf. Dagegen sind Vergleiche des Typs B.II kritisch zu sehen und erfordern eine wettbewerbliche Rechtfertigung.[283]

1055. Die ersten Kommissionsfälle im Anschluss an die Sektoruntersuchung betrafen Patentvergleiche, in denen der Originalpräparate-Hersteller sich auf kein gültiges Primärpatent, zum Teil aber auf Sekundärpatente gestützt hatte.[284] Die Europäische Kommission nahm in den betreffenden Fällen ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien des Patentvergleichs an. Zu diesem Zeitpunkt gab es keine Rechtsprechung speziell zu der Frage, wann eine auf ein Patent gestützte Vereinbarung überhaupt wettbewerbswidrig sein kann. Auf Basis der früheren Leitlinien zu Technologietransfervereinbarungen galten Unternehmen dann nicht als Wettbewerber, wenn sie im Verhältnis zueinander über patentbedingte Blockademöglichkeiten verfügten.[285] Hierzu kann grundsätzlich auch ein Sekundärpatent genügen.

1056. In den von der Europäischen Kommission durchgeführten Fällen vertrat die Kommission dagegen die Auffassung, dass ein Patentvergleich selbst im Falle eines Patentschutzes den Wettbewerb beschränken könne, in dem sich ein Generika-Hersteller verpflichtet, einen Marktzutritt gegen einen Werttransfer zu beschränken oder zu verzögern. Dies sei deshalb der Fall, weil der Patentinhaber auf eine einseitige Ausübung seiner Patentrechte verzichte und statt dessen eine Vereinbarung mit einem aktuellen oder möglichen Wettbewerber treffe, durch welche die mit der Patentexklusivität verbundenen Vorteile beiden Parteien zugute kommen. Eine solche Vereinbarung verstoße vorbehaltlich einer wettbewerbsrechtlichen Rechtfertigung gegen das europarechtliche Kartellverbot unabhängig davon, ob sie ihrem Inhalt nach durch ein Patent abgedeckt sei oder nicht.[286]

1057. Derzeit ist noch unklar, ob die Gerichte dem Ansatz der Europäischen Kommission folgen werden. Allerdings könnte es hierbei eine Rolle spielen, dass die Originalpräparate-Hersteller sich in den aufgegriffenen Fällen auf kein Patent oder nur auf Sekundärpatente stützen konnten. Sekundärpatente gestatten es nur, die Verwendung geschützter Prozesse, Formeln usw. zu unterbinden. Sie schützen aber nicht einen bestimmten Wirkstoff als solchen. Auch wenn man dies berücksichtigt, wirft der Ansatz der Europäischen Kommission einige Fragen auf, denen nachzugehen ist, bevor aus der bisherigen Verfolgungspraxis wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen abgeleitet werden können.

---

[282] EU-Kommission, Zwischenbericht (Preliminary Report) vom 28. November 2008 zur Untersuchung des Arzneimittelsektors, Tz. 610 ff.; Contribution to the Roundtable on: Role of Competition in the Pharmaceutical Sector and its Benefits for Consumers, Seventh United Nations Conference to review the UN set on Competition Policy, 6.-10. Juli 2015.

[283] Dieselben Regeln werden bei Lizenzvereinbarungen für die Nutzung geschützter Technologien angewendet; EU-Kommission, Mitteilung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89 vom 28. März 2014, S. 3, Tz. 239.

[284] Siehe EU-Kommission, Fälle 39.226 – Lundbeck (Citalopram) (Patent erloschen), 39.685 – Fentanyl (Patent erloschen); 39.612 – Servier (Perindopril) (Sekundärpatent), 39.686 – Cephalon (Modafinil) (Sekundärpatent); EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014; siehe auch King Drug Co. of Florence, Inc. v. Cephalon, Inc. (Modafinil), Nos. 2:06-cv-1797, 2:06-cv-1833, 2:06-cv-2768, 2:08-cv-2141, 2015 WL 356913 (E.D. Pa. Jan. 28, 2015).

[285] EU-Kommission, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 2, Tz. 26 ff., insb. Tz. 32.

[286] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 802; Entscheidung vom 10. Dezember 2013, AT.39.685 – Fentanyl, Tz. 329 ff.

Wettbewerbsbeschränkender Zweck

1058. Ein auffälliges Merkmal des Ansatzes der Europäischen Kommission ist, dass sie bei Patentvergleichen des Typs B.II einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck unterstellt. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt bei Vereinbarungen vor, die im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Ziele ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es nicht notwendig ist, deren tatsächliche oder wahrscheinliche Auswirkungen im Markt nachzuweisen.[287]

1059. Insbesondere sogenannte Kernbeschränkungen (Hardcore-Verstöße) werden als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Die Europäische Kommission nimmt in Bezug auf Patentvergleiche eine strenge Haltung ein und qualifiziert Vergleiche des Typs B.II als eine Form von Marktaufteilungsvereinbarungen.[288] Anders als dies bei anderen bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen üblich ist, betont die Europäische Kommission bei Patentvergleichen indes die Notwendigkeit einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls. In diesem Rahmen sind nach Ihrer Sicht der Inhalt und Zweck der Vereinbarung und ihr wirtschaftlicher und rechtlicher Kontext zu berücksichtigen.[289] Die von den Parteien individuell verfolgten Ziele können ebenfalls relevant sein.[290]

1060. Die Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist insbesondere auf der EU-Ebene relevant, da die Nachweisanforderungen bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen geringer sind. Auf nationaler Ebene spielt diese Unterscheidung, soweit erkennbar, noch immer eine geringere Rolle. Für die Beurteilung des mit Patentvergleichen verbundenen, wettbewerblichen Risikopotenzials kann offen bleiben, ob die Position der Europäischen Kommission hinsichtlich der Einordnung als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zutrifft.

Beschränkung oder Verzögerung des Marktzutritts

1061. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist nach dem Ansatz der Europäischen Kommission anzunehmen, wenn die Parteien auf den Märkten für pharmazeutische Produkte aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sind und die Vereinbarung zu einem beschränkten bzw. verzögerten Marktzutritt des Generika-Herstellers führt, zumindest wenn im Gegenzug eine Zahlung des Originalpräparate-Herstellers oder ein anderer Werttransfer erfolgt.

1062. Eine Schwierigkeit ergibt sich insofern daraus, dass der Originalpräparate-Hersteller eine Beschränkung bzw. Verzögerung gegenüber dem Generika-Hersteller unter Umständen auch im Wege eines längeren Gerichtsprozesses zur Durchsetzung seiner Patentrechte erreichen könnte. Die Europäische Kommission erkennt durchaus an, dass die Parteien berechtigt sind, einen solchen Prozess vorzeitig vergleichsweise zu beenden, um Kosten zu sparen.[291]

1063. Damit ist jedoch fraglich, unter welchen Bedingungen ein Patentvergleich über die legitime vorzeitige Prozessbeendigung hinausgehen und eine wettbewerblich erhebliche, zusätzliche Beschränkung des Generika-Herstellers ent-

---

[287] EU-Kommission, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 21; EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-67/13 P – Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, Rz. 50 ff.; Urteil vom 14. März 2013, C-31/11 – Allianz Hungária Biztosító, ECLI:EU:C:2013:160, Rz. 38.

[288] EU-Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document), Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (By-Object Guidance), SWD(2014) 198 final, S. 8 (mit Bezugnahme auf die Fälle Lundbeck und Fentanyl).

[289] EU-Kommission, EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014, Tz. 43; By-Object Guidance (Fn. 288), S. 4; Mitteilung, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2014, S. 1, Tz. 25; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Tz. 21 ff. Auch wettbewerbliche Auswirkungen können in diesem Zusammenhang relevant sein; siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Juli 2014, AT.39.612 – Perindopril (Servier), Tz. 1113 (Umstände der Umsetzung der Vereinbarung/Marktverhalten der Parteien).

[290] EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, C-501/06 P u. a. – GlaxoSmithKline Services u. a., Slg. 2009, I-9291, ECLI:EU:C:2009:610, Rz. 58; By-Object Guidance (Fn. 288), S. 4.

[291] EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014, Tz. 19; Contribution to the Roundtable on: Role of Competition in the Pharmaceutical Sector and its Benefits for Consumers (Fn. 282).

halten kann. Ein Patentvergleich setzt voraus, dass tatsächlich Unsicherheit über den Patentschutz besteht. Aus Wettbewerbssicht dürfte davon abgesehen allerdings maßgeblich sein, dass die Vereinbarung für den Generika-Hersteller keine Anreize beseitigt, sich im Wettbewerb mit dem Originalpräparate-Hersteller zu engagieren. Unter diesen Voraussetzungen bleiben die Interessen des Generika-Herstellers einerseits sowie die der Gesundheitssysteme und der Patienten andererseits gleichgerichtet und es ist grundsätzlich unwahrscheinlich, dass der Patentvergleich sich zulasten Dritter wie eben der Gesundheitssysteme und der Patienten auswirkt.

1064. Hingegen dürfte eine genauere Prüfung immer dann geboten sein, wenn der Generika-Hersteller nur aufgrund des Vergleichs begrenzt bzw. verzögert in den Markt eintritt, möglicherweise gegen eine entsprechende Vergütung. Denn der Vergleich kann unter diesen Umständen lediglich ein Mittel dazu sein, dass der Originalpräparate-Hersteller und der Generika-Hersteller beide von der mit dem Patentschutz verbundenen rechtlichen Exklusivität profitieren. Der Patentvergleich führt dann eine gleiche Ausrichtung der Interessen des Originalpräparate-Herstellers einerseits und der des Generika-Herstellers andererseits herbei. Außerdem kann ein verzögerter Marktzutritt des vergleichsbeteiligten Generika-Herstellers andere Generika-Hersteller unnötigerweise vom Marktzutritt abhalten, wenn diese die Verzögerung zu Unrecht auf die Stärke der Patente des Originalpräparate-Herstellers zurückführen. Ein Patentvergleich, der sich in dieser Weise zugunsten sowohl des Originalpräparate-Herstellers wie auch des Generika-Herstellers auswirkt, kann also zugleich zulasten der am Vergleich nicht beteiligten öffentlichen Gesundheitssysteme und auch der Patienten wirken.

1065. Nach dem Ausgeführten erscheint allerdings der Umfang des Patentschutzes zugunsten des Originalpräparate-Herstellers für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung, die möglicherweise eine genaue Prüfung erfordert, letztendlich gar nicht relevant. Entscheidend ist mit Blick auf diese Frage vielmehr, ob ein Marktzutritt des Generika-Herstellers durch den Patentvergleich weniger wahrscheinlich wird. Im Gegensatz hierzu kann der Schutzumfang der geltend gemachten Primär- bzw. Sekundärpatente jedoch für die Frage relevant sein, ob der Patentvergleich zur Durchsetzung patentgeschützter Rechte des Originalpräparate-Herstellers erforderlich ist oder ob er vielmehr dazu dient, den Wettbewerbsdruck von Seiten des Generika-Herstellers „wegzukaufen“. Im ersten Fall kann die mit dem Patentvergleich verbundene Wettbewerbsbeschränkung als unerlässlich angesehen werden, um patentrechtlich legitime Ziele zu erreichen, während der Vergleich im zweiten Fall zu einer – grundsätzlich verbotenen – Marktaufteilung dient (Typ B.II-Fälle).

1066. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt außerdem dann nahe, wenn der Vergleich überhaupt keine Bedingungen oder keinen Zeitpunkt bestimmt, zu dem der Generika-Hersteller in den Markt eintreten kann.[292] Ein anderer Anhaltspunkt ist es, wenn der Vergleich auch Beschränkungen bezüglich nicht-patentierter Produkte oder bezüglich Produkten anderer Hersteller enthält. Dies entspricht den Einschränkungen, unter denen die Europäische Kommission auch Patentvergleiche ohne Werttransfer genauer auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot untersucht (Typ B.I-Fälle).[293]

Werttransfer

1067. Nach dem Ausgeführten ergibt sich ein wichtiger Hinweis, dass der Patentvergleich nicht der – wettbewerblich legitimen – Durchsetzung von Patentrechten dient, sondern eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, daraus, dass der Originalpräparate-Hersteller Werte zum Generika-Hersteller transferiert und diesem damit eine Partizipation an den Vorteilen der Patentexklusivität ermöglich – im Gegenzug zu einem Verzicht auf eigene Wettbewerbsvorstöße.

1068. Eine auf dem Werttransfer basierende Segmentierung verschiedener Fälle wettbewerblich positiv bzw. negativ einzuschätzender Vergleiche des Typs B kann mit der ökonomischen Problematik der Patentvergleiche erklärt werden. Wie in Abschnitt 4.2.5.1 dargestellt wurde, kann ein wettbewerbsökonomischer Schaden durch den Patentvergleich dann eintreten, wenn der Patentinhaber dem Generika-Hersteller die höhere Sicherheit über eine längere Gültigkeit seines Patentes mit den damit einhergehenden sichereren Monopolrenten abkauft („pay for delay“). In diesem Fall kommt es zu einem Werttransfer vom Hersteller des Originalpräparats zum Generika-Hersteller (Typ B.II). Zwar sind

---

[292] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 80, 823-824, 873-874, 961-962, 1012-1013, 1086-1087, 1173-1174.

[293] Siehe Tz. 1054 in diesem Gutachten.

prinzipiell auch Fälle denkbar, in denen Patentvergleiche auch dann ökonomisch ineffizient sind, wenn diese nicht mit einem entsprechenden Werttransfer verbunden sind (Typ B.I).[294] Allerdings dürfte in diesen Fällen dem Vergleich kein vorwerfbares Verhalten des Patentinhabers zugrunde liegen.

1069. Allerdings kann ein diesem Kalkül entsprechender Werttransfer gerade im Rahmen eines Patentvergleichs schwer feststellbar sein. Dies liegt daran, dass ein solcher Werttransfer nicht einfach grundsätzlich mit vergleichsbedingten Zahlungen gleichgesetzt werden kann. Derartige Zahlungen können aus durchaus legitimen Gründen stattfinden. Denn die Bedingungen, zu denen ein Patentvergleich abgeschlossen wird, spiegeln üblicherweise die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien, ihre Erfolgsaussichten vor Gericht und die Risiken einer bleibenden Schädigung des Geschäfts des Originalpräparate-Herstellers über den konkreten Patentstreit hinaus wieder. Dabei wird die Position des Generika-Herstellers umso stärker sein, je schwächer der Patentschutz zugunsten des Originalpräparate-Herstellers ist. Infolgedessen liegt es nahe, dass Patentvergleiche auch deshalb z. B. Zahlungen vorsehen können, weil ansonsten die Generika-Hersteller zu einem Vergleich von vornherein nicht bereit wären. Dies wird auch von der Europäischen Kommission anerkannt, wenn sie hervorhebt, dass auch bei Patentvergleichen, die eine Vergleichszahlung vorsehen, nicht in jedem Fall ein Werttransfer anzunehmen ist.

1070. Ein Werttransfer ist somit vielmehr dann anzunehmen, wenn der Originalpräparate-Hersteller dem Generika-Hersteller gerade die Beschränkung bzw. Verzögerung seines Marktzutritts vergütet. Dies dürfte immer dann naheliegen, wenn er dem Generika-Hersteller im Rahmen des Patentvergleichs solche Vorteile zuwendet, die darüber hinausgehen, was der Generika-Hersteller schon aufgrund der Nutzung des Schutzgegenstands des streitbefangenen Patents erhalten könnte. Solche Vorteile mögen bei Zahlungen gegeben sein, die nicht erkennbar die entgangenen Gewinne wiederspiegeln, etwa eine Kompensation für den Prozessaufwand des Generika-Herstellers. Ähnlich dürfte eine Zusage des Originalpräparate-Herstellers einzuschätzen sein, nicht seinerseits ein Generikum an den Markt zu bringen. Eine Einzelfallanalyse dürfte hingegen geboten sein, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Generika-Hersteller in manchen EU-Mitgliedstaaten schon vor dem Ende des Patentschutzes in den Markt eintreten darf, aber nicht in anderen. In diesem Fall können die Vergleichsbedingungen bei Einigkeit über die Patentwirksamkeit dadurch zu rechtfertigen sein, dass die Parteien praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Vergleichs minimieren wollen.

1071. Eine weitere Analyse dürfte wiederum in Fällen einer Nebenvereinbarung (side deal) erforderlich sein, die zusätzlich zum eigentlichen Patentvergleich abgeschlossen wird. Solche Nebenvereinbarungen können die Gewährung einer Patentlizenz an den Generika-Hersteller, den Abschluss eines Vertriebs- oder Vermarktungsvertrags zu vorteilhaften Bedingungen oder sogar eine Alleinvertriebsvereinbarung umfassen. Bei einer solche Nebenvereinbarung dürfte ein Werttransfer dann naheliegen, wenn die vom Originalpräparate-Hersteller zugesagte Vergütung über das hinausgeht, was in Anbetracht der vom Generika-Hersteller erbrachten Leistungen zu erwarten wäre.[295]

1072. Anzeichen für einen Werttransfer dürften schließlich immer dort gegeben sein, wo ein Originalpräparate-Hersteller Vereinbarungen unter Inkaufnahme auffällig hoher vergleichsbedingter Kosten und systematisch mit solchen Generika-Herstellern abschließt, deren Marktzutritt besonders wahrscheinlich ist. Ein solches Vorgehen spricht dafür, dass der Originalpräparate-Hersteller nicht lediglich sein mit dem Patent verbundenes rechtliches Monopol schützt, sondern vielmehr seine wirtschaftliche Marktposition.

---

[294] Z. B. kann im Laufe des Verfahrens eine Situation eintreten, in welcher der Generika-Hersteller die erwarteten weiteren Verfahrenskosten mindestens ebenso hoch einschätzt wie die erwarteten Renten bei einem eigenen Markteintritt. In diesem Fall könnte der Generika-Hersteller einen Vorteil daraus ziehen, wenn er das Verfahren ohne Wertausgleich vorzeitig durch einen Vergleich beendet, der eine Beschränkung des Markteintritts vorsieht. Unter gesamtwirtschaftlichen Effizienzerwägungen kann die Weiterführung des Verfahrens jedoch besser sein, wenn die durch den möglichen Markteintritt erwartbare Steigerung der Konsumentenrente und die erwartete Produzentenrente des Generika-Herstellers, die Verfahrenskosten und die reduzierte Produzentenrente beim Hersteller des Originalpräparats überwiegen.

[295] Zur bisherigen Fallpraxis siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 797.

Rechtfertigungsgründe

1073. Patentvergleiche können auch dann, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und damit den Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, zulässig sein, wenn sie aus wettbewerblichen Gründen gerechtfertigt sind (Art. 101 Abs. 3 AEUV).

1074. Eine solche Rechtfertigung kommt dann in Betracht, wenn der Vergleich positive Wirkungen hat, die über die Vorteile hinausgehen, welche lediglich für die Parteien mit dem Vergleich verbunden sind. Demgegenüber ist es nicht ausreichend, wenn die Parteien nur darlegen, dass der Vergleich zur Vermeidung von Gerichtskosten erforderlich war oder dass ohne einen bestimmten Werttransfer kein Vergleich zustande gekommen wäre.

1075. Zwar dürften die Parteien im Regelfall versuchen nachzuweisen, dass der Patentvergleich im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Verbesserung der Warenerzeugung oder-verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Dies muss jedoch nicht nur hinreichend substanziiert werden, sondern es muss auch nachgewiesen werden, dass diese Vorteile letztlich auch den Verbrauchern zugute kommen.

1076. Außerdem muss die Beschränkung für die Verwirklichung ihrer wettbewerblich legitimen Ziele unerlässlich sein. Diese Voraussetzung mag z. B. erfüllt sein, wenn ein Originalpräparate-Hersteller zwar an sich über starke Patente verfügt, die Durchsetzung seiner Rechte aber durch die Fragmentierung des Patentschutzsystems im EU-Binnenmarkt erschwert wird. Allerdings dürfte der Originalpräparate-Hersteller sich auch in diesem Fall über den Patentvergleich keine Vorteile verschaffen dürfen, die ihm bei erfolgreicher Durchsetzung seiner Patentrechte verwehrt bleiben würden.

1077. Schließlich kommt eine Rechtfertigung nur dann in Betracht, wenn der Patentvergleich den Parteien keine Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Pharmazieprodukte den Wettbewerb auszuschalten. Dies dürfte eine Vergleichsbetrachtung erfordern, welche Folgen ein bis zum Schluss durchgefochtener Prozess mit Blick auf die dadurch erzielbare Rechtssicherheit und die Verminderung der Abschreckungswirkung fortlaufender Patentstreitigkeiten für dritte Hersteller hätte haben können.

4.2.5.3 Wettbewerbspolitische Empfehlungen

1078. Das Vorgehen der Europäischen Kommission gegen potenziell wettbewerbswidrige Patentvergleiche zwischen Originalpräparate-Hersteller und Generika-Herstellern erscheint nach bisherigem Forschungsstand gerechtfertigt. Originalpräparate-Hersteller können die Marktposition, die sie aufgrund ihres Patentschutzes erlangt haben, im Wege solcher Vergleiche über den Schutzzeitraum hinaus absichern, indem sie die mit dem Patent verbundenen wirtschaftlichen Vorteile mit Generika-Herstellern teilen und diese dadurch vom Markteintritt abhalten (Marktaufteilung, Art. 101 lit. c AEUV).

1079. Die von der Europäischen Kommission vorgenommene Prioritätensetzung, aufgrund derer sie insbesondere gegen Patentvergleiche mit einem Werttransfer vorgeht, ist aus Sicht der Monopolkommission nachvollziehbar. Insbesondere in diesen Fällen liegt nahe, dass Originalpräparate-Hersteller und Generika-Hersteller einen Vergleich zulasten der daran nicht beteiligten öffentlichen Gesundheitssysteme und Patienten abschließen.

1080. Die möglichen Schäden für das deutsche Gesundheitssystem durch wettbewerbswidrige Patentvergleiche sind schwer abschätzbar. Angesichts der Tatsache, dass auch deutsche Hersteller bereits wegen solcher Vergleiche kartellrechtlich verfolgt wurden, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass solche Vergleiche auch das deutsche Gesundheitssystem schädigen.[296] Derartige Schäden dürften dann erheblich sein, angesichts der mit dem Markteintritt von Generika verbundenen Preiswirkungen. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass das Bundeskartellamt möglichen Verdachtsfällen in Bezug auf den deutschen Markt konsequent nachgeht.

---

[296] Zur Beteiligung deutscher Hersteller an relevanten Patentvergleichen siehe Tz. 1032 in diesem Gutachten.

5 Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel

5.1 Einleitung

1081. Das Bundeskartellamt hat im September 2014 die Ergebnisse der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel vorgelegt.[297] Im Mittelpunkt der im Jahr 2011 eingeleiteten Untersuchung gemäß § 32e GWB stand das Thema Nachfragemacht der Handelsunternehmen gegenüber den Herstellern von Markenartikeln. Anlass für die Untersuchung war nach Angaben des Bundeskartellamtes der seit Jahren anhaltenden Konsolidierungsprozess im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland sowie vermehrte Beschwerden von Herstellern über etwaiges missbräuchliches Verhalten großer Lebensmitteleinzelhändler in Vertragsverhandlungen mit Herstellerunternehmen. Die Ziele der Sektoruntersuchung waren die Analyse der Marktstrukturen und der Verhaltensweisen auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels. Darüber hinaus sollte die empirische Basis für die zukünftige Fallpraxis in den Bereichen Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht verbessert werden. Die Sektoruntersuchung wurde nach umfangreichen Vorermittlungen in einem zweistufigen Verfahren durchgeführt. In der ersten Stufe wurden die Marktstrukturen im Bereich der Beschaffung von Lebensmitteln in Deutschland ermittelt. In der zweiten Stufe wurde anhand einer Stichprobe von etwa 250 Artikeln aus sieben ausgewählten Warengruppen untersucht, ob und in welchem Ausmaß die führenden Handelsunternehmen Einkaufvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern genießen und worauf diese Vorteile im Einzelnen beruhen.

1082. In die Konzeption der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes flossen Erkenntnisse und Erfahrungen von früher durch andere europäische Wettbewerbsbehörden durchgeführte Sektoruntersuchungen im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels ein. Von diesen Untersuchungen haben vor allem die Arbeit der Competition Commission in Großbritannien aus dem Jahr 2008 sowie die beiden Studien der portugiesischen Wettbewerbsbehörde aus den Jahren 2006 und 2010 wichtige Erkenntnisse hervorgebracht, die teilweise als Grundlage für das konzeptionelle Grundgerüst der ökonometrischen Analyse des Bundeskartellamtes im Rahmen der Sektoruntersuchung herangezogen wurde.[298] Die Monopolkommission hatte sich im Jahr 2012 in ihrem Hauptgutachten ebenfalls mit dem Thema „Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ befasst.[299] Bemängelt wurde dort unter anderem, dass es trotz einer größeren Zahl von Marktstudien und Sektoruntersuchungen vergleichsweise wenig empirische Evidenz zum Thema Nachfragemacht gebe. Vor diesem Hintergrund wurde die seinerzeit laufende Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes ausdrücklich begrüßt.[300]

1083. Nach Abschluss der Sektoruntersuchung hatte das Bundeskartellamt die Marktteilnehmer, die Wissenschaft, die Verbände und die interessierten politischen Kreise zur Diskussion der Ergebnisse ihrer Untersuchungen aufgefordert.[301] Eingegangen beim Bundeskartellamt sind nach eigenen Angaben 15 Stellungnahmen, die überwiegend aus dem Kreis der Verbände und der Wissenschaft stammen, von denen 11 auf der Homepage des Bundeskartellamtes veröffentlicht wurden.[302] Anfang April 2016 hat das Amt auf die zum Teil kritischen Stellungnahmen reagiert und diese in einem Bericht gewürdigt.[303]

---

[297] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014.

[298] Vgl. ebenda, S. 65 ff.

[299] Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1001 ff.

[300] Vgl. ebenda, Tz. 1142 ff.

[301] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Ergebnisse und Schlussfolgerungen, Punkt 5.

[302] Vgl. BKartA, www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/Stellungnahmen_SU_LEH/ Stellungnahmen_node.html, Abruf am 22. Juni 2016.

[303] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaf-fungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016.

5.2 Befunde zu Marktstrukturen

1084. Die Sektoruntersuchung bestätigt das Bundeskartellamt darin, dass der Absatzmarkt des Lebensmitteleinzelhandels bei einer bundesweiten Betrachtung wichtiger überregionaler Strukturfaktoren, wie z. B. Umsätze, Gesamtverkaufsfläche, Standortdichte, Kundenreichweite, Vertriebsschienenkonzepte usw. von vier Unternehmensgruppen (Edeka, Rewe, Schwarz Gruppe und ALDI) dominiert wird. Diese vereinen zusammen etwa 85 Prozent des Umsatzes im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Das mit Abstand führende Unternehmen ist die Edeka-Gruppe. Es verfügt alleine über mehr als ein Viertel der Umsätze im Markt, über etwa die doppelte Verkaufsfläche und eine doppelt so hohe Standortdichte als der nächstfolgende Wettbewerber und ist auch auf vielen regionalen Absatzmärkten führend. Das der Spitzengruppe wiederum mit weitem Abstand folgende Unternehmen ist die ebenfalls bundesweit tätige Metro-Gruppe, zu der unter anderem die Selbstbedienungs-Warenhauskette Real gehört. Alle übrigen Unternehmen verfügen über einen bundesweiten Marktanteil von weniger als drei Prozent und sind allenfalls auf regionalen Märkten von einer gewissen Bedeutung.

1085. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes wird die Wettbewerbsposition von Edeka, Rewe und der Schwarz-Gruppe zudem dadurch gefestigt, dass sie in allen drei Vertriebsformaten – Vollsortiment, Soft- und Hard-Discount – vertreten sind. ALDI als einziger reiner Hard-Discounter stehe zu diesen drei Unternehmen in einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis, da es im Wesentlichen die Preissetzung bei den Handelsmarken und nicht die bei den Herstellermarken beeinflusse. Dieses Konzept ist allerdings angreifbar, da die Preissetzung bei den Handelsmarken indirekt auch Druck auf die Preissetzung bei den Herstellermarken ausübt.[304] Hinzu kommt, dass Discounter zwar eine deutlich beschränktere Sortimentsvielfalt haben, aber gleichwohl nahezu alle Warenbereiche abdeckenden und daher auch Wettbewerbsdruck auf die vollsortimentierten Vertriebsformen ausüben. Für diese Sicht spricht auch, dass ALDI den Anteil der Herstellermarken in seinen Sortimenten in den letzten Jahren kontinuierlich ausweitete.

1086. Zu beobachten sei zudem, dass bei der Sortimentszusammensetzung im Lebensmitteleinzelhandel die quantitative und qualitative Bedeutung der Handelsmarken zunimmt. Waren Handelsmarken in der Vergangenheit vor allem in den Preiseinstiegssegmenten angesiedelt, stehen sie inzwischen auch in den höherpreisige Segmenten sowie für eine zunehmende Anzahl von Warengruppen zur Verfügung. Im Hinblick auf die Frage der Machtverteilung zwischen den Herstellern und den Handelsunternehmen wird dem Umstand einer zunehmenden Bedeutung von Handelsmarken in den Sortimenten ein aus Sicht des Handels „konditionenverbessernder“ Effekt eingeräumt. Dieser Effekt ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes allerdings nicht eindeutig.

1087. Die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels bündeln ihre Nachfrage überwiegend in Einkaufskooperationen, unter anderem unter der Führung der Edeka- und Rewe-Gruppe. Die Einkaufskooperationen neuen Stils weisen gegenüber früheren Kooperationen eine neue Qualität auf. Sie sind in der Regel längerfristig angelegt und strukturell durch Zusatzoptionen abgesichert. Sie bündeln nicht nur Beschaffungsvolumina, sondern zeichnen sich zusätzlich dadurch aus, dass die Mitglieder oftmals die Handelsmarken des großen Partners übernehmen, eine zumindest teilweise Angleichung der Sortimente stattfindet und gegebenenfalls einseitige Gebietsschutzvereinbarungen getroffen werden. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes profitieren die kleinen Gruppenmitglieder im Hinblick auf die Konditionen stärker als die großen Mitglieder. Allerdings wird dieser Vorteil der kleineren Kooperationsmitglieder erkauft mit Wettbewerbsnachteilen auf den Absatzmärkten in der Form, dass die führenden Mitglieder – in der Regel die Köpfe der Einkaufskooperationen – als Verhandlungsführer gegenüber den Herstellern Einblick in die Beschaffungskonditionen und –mengen der übrigen Kooperationsmitglieder erhalten. Zudem hat das Bundeskartellamt Hinweise darauf, dass die von den Kooperation ausgehandelten Einkaufsvorteile nicht immer vollständig an die kleineren Mitglieder weitergegeben werden.

1088. Die Marktstrukturen auf der Anbieterseite der Beschaffungsmärkte sind nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weniger mittelständisch geprägt, sondern ähneln eher der Marktstruktur im Lebensmitteleinzelhandel. Konzentrationsprozesse bei den Herstellern haben dazu geführt, dass auf den untersuchten Beschaffungsmärkten eben-

---

304 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1219.

falls eine Spitzengruppe von höchstens vier Anbietern dominiert. Die Hersteller haben sich überwiegend auf die Belieferung von Kunden im Lebensmitteleinzelhandel konzentriert, was einerseits die Ausweichalternativen des Handels verringert, andererseits aber auch die Absatzalternativen bei den Herstellern begrenzt.

1089. Beschaffungsmärkte werden vom Bundeskartellamt sachlich nach Produkten bzw. Produktgruppen abgegrenzt, wobei Hersteller- und Handelsmarken wegen der Unterschiede bei den Kosten und den Vertriebsstrukturen in aller Regel getrennten Märkten zugerechnet werden. Für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte für Hersteller- und Handelsmarken spricht nach Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Hersteller ihre Produktion nicht kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können, was vor allem an der Art der Vermarktung der Produkte liegt. Handelsmarken erfordern in aller Regel deutlich weniger Investitionen in Vertrieb und Marketing. Während Handelsmarken im Auftrag eines Handelsunternehmens produziert werden, welches die Platzierung im Markt übernimmt, werden Herstellermarken von den Produzenten selbstständig im Markt platziert, beworben und in aller Regel an mehrere oder sämtliche konkurrierenden Handelsunternehmen geliefert. Markenartikelhersteller verfügen darüber hinaus – anders als die Produzenten von Handelsmarken – häufig über Vertriebsalternativen, wie die weiterverarbeitende Industrie oder den Export. Gegen die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte für Hersteller-und Handelsmarken könnte sprechen, dass die Produzenten von Herstellermarken kurzfristig auf die Produktion von Handelsmarken umstellen können. In der Praxis gibt es eine Reihe von Fällen, in denen Markenartikelhersteller zugleich Handelsmarken produzieren. Dies kann regelmäßig der Falle sein, etwa als Folge einer entsprechenden Unternehmensstrategie oder fallweise, z. B. um unterausgelastete Produktionskapazitäten auszulasten. Über den Umfang, in dem Markenartikelhersteller zugleich Handelsmarken produzieren, liegen keine verlässlichen Informationen vor. Dies liegt auch daran, dass die Hersteller in aller Regel kein Interesse daran haben, solche Informationen aufzudecken, weil sie befürchten müssen, dass die Endkunden zu der oftmals deutlich günstiger angebotenen Handelsmarke abwandern.

1090. Räumlich relevant ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes in allen untersuchten Bereichen der nationale Markt. Ausschlaggebend sei, dass die Lieferanten auf diesen Märkten weit überwiegend in Deutschland angesiedelt sind. In sechs der sieben exemplarisch untersuchten Beschaffungsmärkte werden nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weniger als drei Prozent der Produkte aus dem Ausland beschafft. Dabei geht das Bundeskartellamt bereits dann von einem deutschen Hersteller aus, wenn die Produkte zwar im Ausland von ausländischen Herstellern produziert werden, Ansprechpartner für den beschaffenden Lebensmitteleinzelhandel aber eine in Deutschland ansässige Vertriebsorganisation ist. Ein Beispiel dafür bietet die Warengruppe „Schaumwein". Hier klassifiziert das Bundeskartellamt den spanischen Hersteller Freixenet mit einem Marktanteil auf dem deutschen Beschaffungsmarkt für Schaumwein von 10-15 Prozent und den französischen Hersteller Moet Hennessy mit einem Marktanteil in Deutschland von 5-10 Prozent als inländische Lieferanten.[305] Im Ergebnis ergibt sich bei dieser Betrachtung, dass lediglich acht Prozent der vom deutschen Lebensmitteleinzelhandel beschafften Schaumweine importiert werden. In einem zweiten Schritt prüft das Bundeskartellamt, welche räumlichen Absatzmöglichkeiten den Herstellern alternativ zur Verfügung stehen. Hier gilt das Augenmerk speziell dem Exports der Produkte. Dabei werden Lieferungen von inländischen Herstellern an die Auslandsgesellschaften einer inländischen Handelsgesellschaft insbesondere dann nicht als vollwertige Ausweichalternativen zur Belieferung des inländischen Lebensmitteleinzelhandels gewertet, wenn die Mengen und Preise in einer Verhandlung mit der inländischen Handelsgesellschaft festgelegt werden.[306] Nach Auffassung der Monopolkommission ist die räumliche Abgrenzung des Beschaffungsmarktes für Schaumweine nicht so eindeutig auf den nationalen Markt zu begrenzen, wie es die Ausführungen des Bundeskartellamtes nahelegen. Bei einer Qualifizierung der im Ausland von ausländischen Unternehmen produzierten und von der deutschen Tochter des ausländischen Produzenten in Deutschland vertriebenen Produkte als Importe, wäre der Importanteil auf dem Beschaffungsmarkt für Schaumwein deutlich höher als 8 Prozent und es wäre auch die Abgrenzung eines europaweiten räumlich relevanten Marktes denkbar gewesen. In anderen Fällen, etwa bei der ebenfalls im Rahmen der

[305] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 168 ff.

[306] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016, S. 9.

Sektoruntersuchung untersuchten Warengruppe Milch, wäre grundsätzlich auch statt der Abgrenzung eines nationalen Beschaffungsmarktes die Abgrenzung regionaler Beschaffungsmärkte vorstellbar. Die Sektoruntersuchung gibt keinen Aufschluss darüber, ob es spezifische Untersuchungen gegeben hat, die auf die Frage abzielen, ob der räumlich relevante Beschaffungsmarkt für Milchprodukte national oder regional ist.[307]

5.3 Die Schadenstheorie des Bundeskartellamtes

1091. Das Bundeskartellamt analysiert in der Sektoruntersuchung die Frage nach der Existenz und den möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie.[308] Danach wird Nachfragemacht als Verhandlungsmacht in bilateralen Austauschbeziehungen interpretiert. Der verhandlungstheoretische Ansatz setzt an der Zweiseitigkeit des Verhandlungsproblems an. Die Verhandlungspartner haben einerseits das (gemeinsame) Interesse, die aus der Liefer- und Vertragsbeziehung resultierende Wertschöpfung zu maximieren. Andererseits geht es um die Verteilung des gemeinsam erzielten Gewinns auf die Vertragspartner. Den größeren Anteil am Gewinn erhält diejenigen Verhandlungsseite, die im Falle des Abbruchs der Verhandlungen die besseren Alternativen hat. Die Determinanten für die relative Verhandlungsposition werden als Abbruchoptionen, Outside-Options oder Drohpunkte bezeichnet. Diejenige Seite mit den besseren Ausweichmöglichkeiten bzw. auf die bei einem Scheitern der Verhandlungen die weniger schwerwiegenden wirtschaftlichen Konsequenzen fallen, verfügt über eine stärker ausgeprägte relative Verhandlungsposition.

1092. Das Bundeskartellamt sieht als eine Voraussetzung für das Ausüben von Nachfragemacht im Sinne von Verhandlungsmacht ein „gewisses Maß“ von Marktmacht auf den nachgelagerten Märkten des Lebensmitteleinzelhandels. Bei einer zunehmenden Marktmacht auf den in der Regel regionalen Absatzmärkten übernehmen die Handelsunternehmen nach dieser Vorstellung eine „Türsteherfunktion“, die aus Sicht der Hersteller eine „Unverzichtbarkeit“ und damit Verhandlungsmacht begründet.[309] Ursachen für die Existenz von Verhandlungsmacht können sein, die Größe eines Händlers, seine relative Größe im Verhältnis zu den Lieferanten, die Markenstärke eines Herstellers und die Existenz von Handelsmarken. Die Verhandlungsmacht der Handelsunternehmen nimmt nach dieser Interpretation mit zunehmender absoluter und relativer Größe des Handelsunternehmens sowie der zunehmenden Bedeutung von Handelsmarken in dem Sortiment zu. Die Verhandlungsmacht der Hersteller nimmt mit der Markenstärke zu, d. h. mit sogenannten Must-have-Produkten.

1093. Potenziell wettbewerbsschädliche Wirkungen ergeben aus Sicht des Bundeskartellamtes aus den negativen Auswirkungen von Nachfragemacht auf Investitionen und Innovationen bei den Herstellern, einer nachfragemachtbedingten Verschlechterung der Produktqualität, dem Wasserbett- und Spiraleffekt sowie der Möglichkeit von nachfragemächtigen Handelsunternehmen, Wettbewerber mittels einer Strategie des Predatory Overbuying vom Markt zu verdrängen.[310] Negative Investitions- und Innovationseffekte treten dabei auf, weil nachlassende Margen die Anreize und Möglichkeiten der Hersteller verringern, in die Suche nach neuen und die Differenzierung vorhandener Produkte zu investieren. Als Folge einer nachfragemachtbedingten Rentenumverteilung können nach dieser Vorstellung zudem die Anreize gemindert werden, Produkte in einer ausreichend hohen Qualität anzubieten. Da im Hinblick auf die Qualität der Produkte Informationsasymmetrien zwischen Herstellern und Verbrauchern bestehen, können – so das Bundeskartellamt – solche Qualitätsverschlechterungen zumindest zeitweise vor den Verbrauchern verschleiert werden. Im Falle eines Wasserbetteffektes versuchen Hersteller ihre Margen dadurch zu sichern, dass sie Verluste infolge der Einräumung besserer Beschaffungskonditionen für große Händler mit der Verschlechterung der Konditionen für kleinere Handelsunternehmen auszugleichen versuchen. Der sogenannte Spiraleffekt geht davon aus, dass Nachfragemacht eines Handelsunternehmens zu einer stärkeren Marktposition auf den nachgelagerten Handelsmärkten und in einem

---

[307] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 251 ff.

[308] Vgl. Inderst, R./Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9(4), 2007, S. 465-485.

[309] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 22.

[310] Vgl. ebenda, S. 24 ff; Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1087 ff.

folgenden Schritt zu einer weiter anwachsenden Nachfragemacht führt. Nach mehreren „Spiralumdrehungen“ führt Nachfragemacht letztendlich auch zu Marktmacht auf den Handelsmärkten. Predatory Overbuying zielt darauf ab, über die Ausweitung der eigenen Nachfrage, die Bezugskonditionen der Wettbewerber zu verschlechtern. In Verbindung mit einer Kampfpreisstrategie auf den Handelsmärkten gelingt es dabei, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen und die Endkundenpreise dann über den Wettbewerbspreis hinaus zu erhöhen.

1094. Die in der Sektoruntersuchung diskutierten und vom Bundeskartellamt im Rahmen ihrer Schadentheorie angeführten potenziell schädlichen Wettbewerbseffekte sind in der ökonomischen Theorie zum Teil strittig und aus empirischer Sicht oft nicht gut fundiert.[311] Dies gilt insbesondere für die negativen Investitions- und Innovationsanreize sowie für die These einer Qualitätsreduktion und für den Wasserbetteffekt.[312] Verdrängungsstrategien im Sinne eines Predatory Overbuying sind im Lebensmitteleinzelhandel wenig wahrscheinlich, da sie für das initiierende Unternehmen sehr kostspielig wären und zudem wegen der Möglichkeit von Marktzutritten kaum Erfolgsaussichten hätten. Auch der Spiraleffekt ist aus theoretischer und praktischer Perspektive in seiner Relevanz eher fraglich.[313] Das Auftreten des Spiraleffekt hängt – so auch das Bundeskartellamt – davon ab, ob es auf den nachgelagerten Handelsmärkten Wettbewerbshindernisse, etwa Marktzutrittsschranken, gibt. Hinzu kommt, dass auch Wettbewerber in Wachstum investieren könnten, um ihre Beschaffungskonditionen zu verbessern.

1095. Nicht diskutiert wird in der Sektoruntersuchung die Möglichkeit wohlfahrtsverbessernder Effekte von Nachfragemacht. Diese treten auf, wenn günstigere Beschaffungskonditionen durch das Handelsunternehmen an die Endverbraucher weiter gegeben werden.[314] Das Ausmaß eines solchen „pass through“ hängt maßgeblich von der Wettbewerbsintensität auf den Handelsmärkten ab. Da im deutschen Lebensmitteleinzelhandel in weiten Teilen Wettbewerb herrscht, ist nicht zwingend davon auszugehen, dass Nachfragemacht in jedem Fall wettbewerbsschädlich ist. Eine solche Sicht hängt allerdings von Zielen der Wettbewerbspolitik und dem darauf aufbauenden wettbewerbspolitischen Leitbild ab. Das nationale Kartellrecht und das Bundeskartellamt in seiner Anwendungspraxis sehen den Wettbewerb an sich bzw. die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt. Daraus folgt, dass der Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten ebenso schützenswert ist, wie der Wettbewerb auf Angebotsmärkten. Die Weitergabe von Wettbewerbsvorteilen an die Verbraucher „entlastet“ das nachfragemächtige Unternehmen nicht. Anders sieht dies etwa die Europäische Kommission, die sich stärker an dem Leitbild der Konsumentenwohlfahrt orientiert. Unter dieser Prämisse ist die Ausübung von Nachfragemacht aus der wettbewerblichen Perspektive nicht negativ zu werten, solange verbesserte Beschaffungskonditionen an die Konsumenten weitergegeben werden.

5.4 Würdigung der Ergebnisse der ökonometrischen Analyse

1096. Der Analysegegenstand des ökonometrischen Teils sind die Verhandlungen über die Konditionen der Markenartikel, die im deutschen Lebensmitteleinzelhandel im Food-Sortiment gehandelt werden. Die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes zielen auf die Identifizierung der Einflussgrößen, die eine Wirkung auf die Beschaffungskonditionen haben können.[315] Wesentliche Befunde sind:

- Die empirische Untersuchung bestätigt, dass die Beschaffungsmenge einen maßgeblichen Einfluss auf die verhandelten Konditionen zugunsten der Handelsunternehmen hat. Hohe Beschaffungsmengen führen auf der Seite der Handelsunternehmen zu besseren Einkaufskonditionen. Die Ausdehnung der Beschaffungsmenge bzw. eine größere Beschaffungsmenge verschafft einem Handelsunternehmen Vorteile gegenüber Wettbewerbern.

---

311 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1117.

312 Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1093 ff.

313 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1107.

314 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1145.

315 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 412.

- Die Untersuchung zeigt, dass die Outside-Options von Herstellern und Händler von den Umsatzanteilen der Verhandlungspartner im Austauschverhältnis untereinander abgebildet werden. In der überwiegenden Anzahl von Modellvariationen zeigen die gegenseitigen Umsatzanteile einen signifikanten Einfluss auf die Konditionen. Dabei gilt für jede der Verhandlungsparteien: Je besser die Ausweichalternativen, desto besser ist die Kondition aus der jeweiligen Sicht. Das Handelsunternehmen hat folglich dann die bessere Verhandlungsposition, wenn es nur einen vergleichsweise geringen Anteil seines gesamten Beschaffungsvolumens bei einem bestimmten Hersteller deckt, das Handelsunternehmen aber für einem vergleichsweise große Anteil des Absatzes dieses Herstellers verantwortlich ist. Bei den artikelbezogenen Untersuchungen des Bundeskartellamtes ist dies der Regelfall.

- Die Stärke einer Marke hat einen signifikanten Einfluss auf die Konditionen. Je stärker eine Marke aus Sicht der Endkunden, desto stärker ist die Verhandlungsposition des Herstellers. Begründen lässt sich dies mit überproportionalen Umsatzrückgängen, die auftreten, wenn das Handelsunternehmen eine starke Marke nicht im Sortiment führt und die Kunden dann nicht nur diesen Artikel bei einem anderen Händler kaufen, sondern auch Teile ihres sonstigen Bedarfs – im Extremfall sogar ihren gesamten Bedarf – bei dem anderen Handelsunternehmen decken. Nach den empirischen Untersuchungen Bundeskartellamtes sind aber lediglich etwa 6 Prozent der Artikel sogenannte Must-have-Produkte.

- Theoretische Überlegungen legen nahe, dass die Listung von Handelsmarken die Verhandlungsposition der Handelsunternehmen gegenüber den Herstellern von Markenartikeln stärkt. Die empirischen Untersuchungen des Bundeskartellamtes können dies nicht bestätigen. Sie ergeben keinen eindeutigen Befund, was nach Einschätzung des Bundeskartellamtes daran liegt, dass die Handelsunternehmen mit der Listung von Handelsmarken unterschiedliche Ziele verfolgen. Einerseits kann es darum gehen, Herstellermarken „unter Druck“ zu setzen. Andererseits kann die Listung von Handelsmarken Ausdruck einer komplexen Preisdifferenzierungsstrategie sein. Die Wirkungen auf die Verhandlungsstärke von Handelsunternehmen können daher unterschiedlich sein. Sie hängen unter anderem auch davon ab, ob ein Hersteller neben den Markenartikeln auch Handelsmarken und diese gegebenenfalls im selben Segment und für denselben Händler anbietet.

- Auch die Mitgliedschaft in einer Einkaufskooperation zeigt vielschichtige Effekte auf die Einkaufskonditionen. Insbesondere können nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes auch Handelsunternehmen, die in keiner Einkaufskooperation sind, gute Konditionen erzielen. Bei einer Differenzierung nach großen (Kopf einer Einkaufskooperation) und kleinen Mitgliedern zeigt sich, dass die kleinen Mitglieder im Hinblick auf ihre Einkaufskonditionen überproportional profitieren.

1097. Die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes werden insbesondere in den Stellungnahmen aus dem Kreis der Wissenschaft kritisiert. Wesentliche Kritikpunkte sind unter anderem die zu geringe Komplexität des Untersuchungsansatzes, der es nicht erlaubt, die Konditionenentstehung angemessen abzubilden[316], ein zu kurzer Untersuchungszeitraum[317], die fehlende Berücksichtigung der Endverbraucherseite[318] oder die Vernachlässigung dynamischer Effekte. Der Erkenntniswert der ökonometrischen Analyse wird als eher gering und seine Darstellung als wenig transparent gekennzeichnet.[319] Das Bundeskartellamt weist die Kritiken in seiner Kommentierung der Stellungnahmen überwiegend zurück und gibt zusätzliche Erläuterungen, etwa im Hinblick auf den gewählten Modellrahmen.[320]

1098. Die Monopolkommission teilt einige der vorgebrachten Kritikpunkte, etwa die an der fehlenden Berücksichtigung der Endverbraucherseite. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns

---

[316] Vgl. Lademann, R., Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, WuW 1/2015, S. 2 ff., hier S. 7.

[317] Vgl. ebenda, S. 10.

[318] Vgl. Haucap, J. u. a., Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel – ein Kommentar aus ökonomischer Perspektive, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, Düsseldorf, Februar 2015, S. 8 f.

[319] Vgl. E.CA Economics, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, Abschlussbericht vom 18. Dezember 2014, S. 27.

[320] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September 2014, S. 21 ff.

auf die Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels bedurft. Das Bundeskartellamt hat gegenüber der Monopolkommission geäußert, dass dies die Komplexität der Analyse noch einmal deutlich erhöht hätte. Das Bundeskartellamt wäre im Hinblick auf die dann noch zusätzlich zu erhebenden und zu verarbeitenden Daten an schwer zu überwindende Grenzen gestoßen. Auch wenn dieses Argument nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich nachvollziehbar ist, gilt dennoch, dass die Aussagekraft der Sektoruntersuchung vor diesem Hintergrund nur begrenzt sein kann. Aussagen etwa im Hinblick auf die wettbewerbsschädlichen Effekte von Verhandlungsmacht im Austauschverhältnis zwischen Industrie und Handel sind auf dieser Grundlage nur sehr eingeschränkt möglich.

1099. Kritisch ist aus Sicht der Monopolkommission zudem, dass die Sektoruntersuchung den Zusammenhang zwischen mengenbedingten Konditionenverbesserungen und Nachfragemacht nicht hinreichend spezifizieren kann. Ein wesentliches Ergebnis der Sektoruntersuchung ist, dass die Beschaffungsmenge einen maßgeblichen Einfluss auf die verhandelten Konditionen hat. Hohe Beschaffungsmengen führen auf der Seite der Handelsunternehmen zu besseren Einkaufskonditionen. Dieser Befund des empirischen Teils der Sektoruntersuchung wird von einer Reihe anderer Untersuchungen gestützt, die zu ähnlichen Ergebnissen kommen. So hat unter anderem auch die Sektoruntersuchung der britischen Competition Commission für den Lebensmitteleinzelhandel aus dem Jahr 2008 einen entsprechenden Zusammenhang gefunden.[321] Konditionenverbesserungen bei steigenden Beschaffungsmengen können allerdings vielfältige Ursachen haben. Dazu gehören Effizienzeffekte, wie Kostenersparnisse durch größere Beschaffungsmengen, die Senkung von Logistikkosten u. v. m. Das Bundeskartellamt erkennt dies in seiner Sektoruntersuchung ausdrücklich an, sieht aber keine Möglichkeit festzustellen, ob Konditionenverbesserungen bei steigenden Nachfragemengen aus eben solchen Effizienzvorteilen oder aus Kostenunterschieden resultieren oder das Ergebnis von Verhandlungsmacht aufseiten des nachfragenden Handelsunternehmens sind. Hingewiesen wird darauf, dass die Identifizierung von Effizienzvorteilen auch daran scheitert, dass dazu Aspekte der Qualität und Innovationsbereitschaft kontrolliert werden müssten.[322] So sei nicht klar zu unterscheiden, ob vermeintliche Effizienzvorteile im Grunde eher Qualitätsverschlechterungen seien oder langfristig dazu führen, dass die Innovationsfähigkeit und-bereitschaft verringert werden. Die Monopolkommission sieht diese Aspekte nicht. Die These, dass Verhandlungsmacht von Handelsunternehmen die Hersteller zu einer Qualitätsreduktion veranlassen könnte verkennt, dass der Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel nicht nur über den Preis ausgetragen wird, sondern auch über den Parameter Qualität.[323] Letzterer dürfte tendenziell für die Endkunden sogar an Bedeutung gewinnen. Händler verhandeln daher nicht nur über Preise mit ihren Lieferanten, sondern berücksichtigen und spezifizieren auch Qualitäten in den Lieferverträgen. Es ist davon auszugehen, dass der Handel einseitig durch die Hersteller vorgenommene Qualitätsminderungen nur in einem sehr engen Ausmaß hinnehmen würde. Die Existenz von Verhandlungsmacht aufseiten des Handelsunternehmens vermindert auch nicht zwingend die Innovationsbereitschaft eines Herstellers, sondern kann diese sogar verstärken.[324] Entscheidend für Innovationsanreize ist weniger der Effekt, den Verhandlungsmacht aufseiten des Handels auf die Gewinne der Hersteller im Allgemeinen hat, sondern der Effekt auf die Gewinne vor und nach der Einführung einer Innovation.[325] Mit einer Innovation kann sich ein Hersteller im Wettbewerb mit anderen Herstellern zumindest zeitweise absetzen, was seine Verhandlungsposition gegenüber dem Handel eher stärkt. Am Ende ist dies aber eine empirische Frage, die im Rahmen der Sektoruntersuchung grundsätzlich hätte geprüft werden können.[326]

1100. Die Sektoruntersuchung bietet eine umfassende Analyse der Marktstrukturen auf der Handels- und der Herstellerseite und der Verhandlungsergebnisse auf ausgewählten Beschaffungsmärkten. Positiv zu würdigen ist auch, dass

---

[321] Vgl. Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK Market Investigation, 2008, http://www.ias.org.uk/uploads/pdf/ Price%20docs/538.pdf, Abruf am 22. Juni 2016. Siehe dazu auch Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1123 ff.

[322] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016, S. 14.

[323] Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1113.

[324] Vgl. ebenda, Tz. 1110.

[325] Vgl. E.CA Economics, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, a. a. O., S. 12.

[326] Vgl. ebenda.

das Bundeskartellamt die möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie analysiert und damit der neueren ökonomischen Forschung folgt. Kritisch sieht die Monopolkommission die fehlenden Berücksichtigung der Endverbraucherseite. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns auf die Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels bedurft. Das Bundeskartellamt sieht dies mit Hinweis auf das verfolgte Leitbild des Wettbewerbs nicht. Das Bundeskartellamt sieht in seiner Anwendungspraxis den Wettbewerb an sich bzw. die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt, während die Europäische Kommission stärker auf die Konsumentenwohlfahrt abstellt. Unter dieser Prämisse ist Nachfragemacht kartellrechtlich unproblematisch, solange erzielte Vorzugskonditionen im Wettbewerb auf den Handelsmärkten an die Konsumenten in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Nach Auffassung der Monopolkommission gelingt es der Sektoruntersuchung zudem nicht, den Zusammenhang zwischen mengen- und damit effizienzbedingten Konditionenverbesserungen und Nachfragemacht hinreichend zu spezifizieren. Wichtig erscheint vor diesem Hintergrund die Bereitschaft des Bundeskartellamtes, sich auch weiterhin an der wissenschaftliche Diskussion um die Erfassung und die Wirkungen von Nachfragemacht zu beteiligen. Dem Bundeskartellamt ist in seiner Einschätzung zuzustimmen, dass die Frage, ob es ein wettbewerbsschädliches und kartellrechtlich relevantes Maß an Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel gibt, nur in jedem konkreten Einzelfall und mit einem auf den Einzelfall angepassten Prüfungsansatz zu untersuchen ist.

6 Zunehmende Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung

6.1 Ökonomische Analysen im Berichtszeitraum

1101. Mit der Gründung der Referate „Ökonomische Grundsatzfragen“ und „Datenerfassung und Ökonometrie“ in 2007 bzw. 2014 hat das Bundeskartellamt der zunehmenden Ökonomisierung in Kartellrechtsverfahren Rechnung getragen. Ökonomische Analysen, die sowohl qualitative wie auch quantitative Untersuchungen umfassen können, finden bisweilen in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes unterschiedlich akzentuiert Berücksichtigung.[327] So bindet das Bundeskartellamt etwa in seiner Fallbearbeitung wesentliche Erkenntnisse der (wettbewerbs-)ökonomischen Literatur ein und führt qualitative Analysen zur Sachverhaltsbeschreibung bzw.-klärung durch. Ferner greift es seit langem auf Methoden der Deskriptiven Statistik, z. B. zur Marktabgrenzung und wettbewerblichen Würdigung, zurück. Quantitative Analysen unter Verwendung theoretischer Modelle sowie Methoden der Induktiven Statistik, insbesondere Regressionsanalysen, spielen dagegen in der Amtspraxis bislang noch eine vergleichsweise untergeordnete Rolle. Derartige Analysen sind allerdings gewöhnlich komplex, zeitaufwendig und damit ressourcenintensiv. Zudem können generell anhand von ökonomischen Analysen ungeachtet von der Methodenwahl lediglich zusätzliche Indizien gewonnen werden. Demgegenüber unterliegt das Bundeskartellamt stets der verfahrensrechtlichen Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für sachverhaltsgerechte Entscheidungen zu sammeln. Das Bundeskartellamt hat daher in der Vergangenheit quantitative Analysen insbesondere mithilfe von Methoden der Induktiven Statistik einzelfallabhängig und komplementär zu qualitativen Analysen durchgeführt.

1102. Im aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 haben die Grundsatzreferate „Ökonomische Grundsatzfragen“ und „Datenerfassung und Ökonometrie“ die Beschlussabteilungen in ihren Fallbearbeitungen vor allem bei der Datenanalyse unterstützt. Das Tätigkeitsspektrum umfasste unter anderem die Konzeption von Fragebögen im Rahmen der Datenbeschaffung, die Datenaufbereitung zur Sicherstellung der Datenqualität sowie die Durchführung von quantitativen Analysen mittels Methoden der Deskriptiven Statistik.[328] Ferner übernahmen beide Referate die Prüfung der von Verfahrensparteien eingereichten ökonomischen Analysen. Vergleichsweise komplexe Methoden der Induktiven Statistik

---

[327] Als qualitative Analyse wird in diesem Abschnitt im Gegensatz zur quantitativen Analyse eine auf nicht formal-mathematische Methoden gründende Sachverhaltsanalyse verstanden. In der Statistik erfolgt mitunter eine Unterscheidung zwischen einer qualitativen und quantitativen Analyse anhand der Skalierung der zu untersuchenden Merkmale. Danach werden Untersuchungen zu nominal, ggf. ordinal skalierten Merkmalen als qualitative Analysen und zu mindestens ordinal, meist metrisch skalierten Merkmalen als quantitative Analyse bezeichnet; vgl. Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., München 2004, S. 20.

[328] Vgl. beispielhaft Kundenwechsel- oder Gebotsanalysen in BKartA, Beschluss vom 11. September 2014, B9-74/14, Tz. 155 ff. und Beschluss vom 24. März 2015, B2-112/14, Tz. 13. Derartige Analysen hatte das Amt bereits in zurückliegenden Verfahren angewendet; vgl. etwa Unterrichtung durch die Bundesregierung: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren

wendeten sie in der drei Jahre währenden und im September 2014 abgeschlossenen Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel sowie in dem im März 2015 entschiedenen Fusionskontrollverfahren Edeka/Tengelmann an.[329] Zudem stehen beide Referate wegen des Engagements des Bundeskartellamtes in diversen internationalen Vereinigungen in permanentem Kontakt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in Fragen zur Methodenanwendung in Kartellrechtsverfahren und Sektoruntersuchungen.[330]

1103. Die Monopolkommission begrüßt wie in früheren Gutachten grundsätzlich die zunehmende Einbeziehung quantitativer Analysen in die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes.[331] Nach Auffassung der Monopolkommission können quantitative Analysen als „add-on" zu qualitativen Analysen zusätzliche Indizien liefern und einen Erkenntnisbeitrag leisten, sie aber aus methodischen sowie juristischen Gründen nicht ersetzen. Eine vermehrte Anwendung quantitativer Methoden kann prinzipiell Lerneffekte zugunsten zukünftiger Verfahren fördern. Die Monopolkommission konstatiert, dass die durchgeführten quantitativen Analysen zu den Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes unterstützend beitrugen. Sie erkennt ferner die in den Untersuchungen des Bundeskartellamtes dargebotene analytische Sorgfalt insbesondere mit Blick auf die mit quantitativen Analysen verbundene Komplexität und die in Kartellrechtsverfahren unterliegende zeitliche Restriktion an.

6.2 Datenzugang für Verfahrensbeteiligte

1104. In Zeiten einer zunehmenden Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung gewinnen umfangreiche Datenanalysen für die behördliche Entscheidungspraxis an Bedeutung.[332] Zum einen reichen Unternehmen, gegen die sich kartellbehördliche Verfahren richten, in den letzten Jahren vermehrt ökonomische Gutachten ein, um die auf einen Wettbewerbsverstoß hinweisenden Verdachtsmomente oder die gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe sprechenden Gesichtspunkte zu entkräften. Die ökonomischen Gutachten enthalten gewöhnlich quantitative Analysen auf Grundlage statistischer Methoden, deren Ergebnisse von den Behörden oftmals mittels eigener quantitativer Analysen verifiziert werden. Zum anderen erheben die Behörden selbst vermehrt Daten, um quantitative Analysen durchzuführen. Auf konzeptioneller Ebene geht es dabei häufig um Fragen der Marktabgrenzung oder die Überprüfung von Schadenstheorien.[333] Mit der zunehmenden Bedeutung von Datenanalysen in der Kartellrechtsanwendung stellt sich für die Verfahrensbeteiligten die Frage, ob die beteiligten Unternehmen bzw. von ihnen beauftragte ökonomische Berater im Rahmen der Akteneinsicht gleichzeitig Zugang zu den vorhandenen Daten haben, um die ökonomischen Analysen der Kartellbehörde überprüfen oder mindestens nachvollziehen zu können.

1105. Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte haben einen Anspruch auf Akteneinsicht sowohl in die Verfahrensakte wie auch in sichergestellte Beweismittel während der Dauer der Verfahren, soweit der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, öffentliche Interessen (z. B. Belange der öffentlichen Sicherheit) oder der Datenschutz (z. B. personenbezogene Daten) nicht entgegenstehen.[334] Ihnen werden darüber hinaus Möglichkeiten zur Einsichtnahme in die von den Wettbewerbsbehörden verwendeten Daten und Verifizierung der quantitativen Analysen vonseiten der Wettbewerbsbehörden jeweils in unterschiedlichem Umfang eingeräumt.

2013/2014 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 18/5210 vom 15. Juni 2014, S. 36 ff. Ferner hatte das Amt im Berichtszeitraum zwei Jahresberichte zur Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) veröffentlicht, in denen es die Entwicklung deutschlandweiter Kraftstoffpreise mithilfe von Methoden der Deskriptiven Statistik untersuchte.

[329] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 und Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel: Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland – Bericht gemäß § 32e GWB – September 2014.

[330] Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/internationales_node.html, Abruf am 11. Februar 2016.

[331] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1089 sowie XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 449.

[332] Zur Praxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes vgl. jeweils Tz. 860 ff. und Tz. 1101 f. in diesem Gutachten sowie Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 694 ff. und Tz. 1083 ff.

[333] Vgl. BKartA, Jahresbericht 2016, Bonn, Mai 2016, S. 9.

[334] Hierbei werden gewöhnlich vertrauliche Informationen bzw. Daten vor Einsichtnahme unkenntlich gemacht. Für Deutschland ergibt sich das Akteneinsichtsrecht aus §§ 29, 14 Abs. 1 VwVfG (analog) i. V. m. §§ 54 ff. GWB im Verwaltungsverfahren und § 147 StPO i. V. m. §§ 46 Abs. 1, 49 Abs. 1 OWiG im Bußgeldverfahren.

1106. Die Europäische Kommission gewährt insbesondere bei Fusionskontrollverfahren Beratern von Verfahrensbeteiligten Zugang zu Daten und den ökonomischen Analysen. Die Generaldirektion Wettbewerb hat im Jahr 2015 einen Leitfaden veröffentlicht, in dem sie für externe Berater der Unternehmen Regelungen zum Zugang zu den in laufenden Verfahren verwendeten Informationen formuliert.[335] Der Datenzugang über einen Datenraum wird nach Ermessen der Europäischen Kommission sichergestellt, indem externe Berater die quantitativen Analysen (z. B. statistische Schätzungen) und qualitativen Analysen (z. B. interne Strategiepapiere) überprüfen können. Den externen Berater ist in dem Datenraum das technische Equipment (Hardware und Software) zur Verfügung zu stellen, mit dem diese ihre Analysen betreiben können. Während der Einsichtnahme im Datenraum stehen die externen Berater stets unter der Aufsicht der Europäischen Kommission. Den externen Beratern ist grundsätzlich gestattet, zusätzlich Programmcodes sowie für ihre Analysen notwendigen Unterlagen in physischer und digitaler Form mit in den Datenraum mitzunehmen. Zudem ist den externen Beratern während der Zeit im Datenraum erlaubt, jeweils einen Bericht anzufertigen. Dieser Bericht darf keine vertraulichen Informationen enthalten, sondern nur die Ergebnisse und Rückschlüsse deren Prüfung. Die Berichte sowie alle Unterlagen, die die externen Berater aus dem Datenraum mitnehmen, werden von den Fallbearbeitern geprüft und, sofern diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder anderweitig vertrauliche Informationen enthalten, bereinigt. Sofern die Berichte zulässige Informationen enthalten, werden diese von der Europäischen Kommission an die jeweiligen Unternehmen versendet. Den externen Beratern ist es strengstens untersagt, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder anderweitig vertrauliche Informationen weiterzugeben. Bevor ihnen der Zugang zum Datenraum gewährt wird, sind sie zur Unterzeichnung von Vertraulichkeitsvereinbarungen verpflichtet.[336] Vorab informiert die Europäische Kommission die natürlichen und juristischen Personen, deren Daten in dem Datenraum eingesehen werden sollen, und gibt ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme. Des Weiteren wird ihnen anheim gestellt, juristische Berater während der Einsichtnahme in die Datenräume zu entsenden. Unstimmigkeiten zwischen der Europäischen Kommission und den Beteiligten sollen durch einen Anhörungsbeauftragten geklärt werden.[337] Mit der Einrichtung eines solchen Datenraums ist das Ziel verbunden, den betroffenen Beteiligten das Recht auf ein faires Verfahren durch Bereitstellung aller für sie relevanten und zulässig einsehbaren Informationen zu gewährleisten.

1107. Neben der Europäischen Kommission machen weitere europäische Wettbewerbsbehörden von der Einrichtung von Datenräumen für Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte Gebrauch.[338] Das Bundeskartellamt lehnt es hingegen bislang ab, Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte den Zugang zu Daten zu ermöglichen. Das Amt musste sich im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Edeka/Kaiser’s Tengelmann mit der Frage eines Zugangs zu Datensätzen von quantitativen Analysen mittels eines Datenraums beschäftigen.[339] Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen des Verfahrens mehrere vergleichsweise umfangreiche quantitative Analysen auf der Grundlage selbst erhobener Daten durchgeführt. Seitens der beteiligten Unternehmen wurde angefragt, ob über die übliche Akteneinsicht hinaus, Zugang zu den Datensätzen gewährt werden könne. Das Bundeskartellamt hat dies abgelehnt. Begründet wurde dies unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass die bei den Unternehmen erhobenen Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien und die Einsichtsnahme in die Daten in Anlehnung an das Vorgehen der Europäischen Kommission eine Weitergabe von eben diesen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darstelle. Dies gelte auch, wenn die Parteien

---

335 EU-Kommission, Best practices on the disclosure of information in data rooms, 2. Juni 2015. Die Europäische Kommission versteht unter externen Beratern Ökonomen und Juristen, die Unternehmen beraten, gegen die sich das jeweilige Verfahren richtet. Darüber hinaus vgl. EU-Kommission, DG Competition – Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, 2010, Tz. 85; DG Competition – Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, 2010, Tz. 45.

336 EU-Kommission, Annex A: Standard data room rules – Terms of Disclosure of Business Secrets and other Confidential Information on “External Advisers Only” Basis (“Data Room Rules”), 2. Juni 2015; Annex B: Standard Non-Disclosure Agreement – Non-Disclosure Agreement, 2. Juni 2015.

337 Vgl. EU Kommission, http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html, Abruf am 23. Juni 2016.

338 Beispielhaft die britische Wettbewerbsbehörde vgl. Competition & Markets Authority, Transparency and disclosure: Statement of the CMA’s policy and approach, Januar 2014, Tz. 4.29 ff. sowie die schwedische Wettbewerbsbehörde, vgl. KONKURRENSVERKET Swedish Competition Authority, Guidance from the Swedish Competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings, 15. April 2015, S. 25 ff.; Ferner vgl. OECD, Procedural Fairness and Transparency – Key Points, 2012, S. 17 ff.

339 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14. Ausführlicher zum Verfahren vgl. Tz. 704 ff. in diesem Gutachten sowie Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O.

bzw. deren ökonomische Berater Vertraulichkeitsvereinbarungen unterzeichnet hätten. Für die betroffenen Beteiligten der von dem Bundeskartellamt geführten Verfahren besteht somit – anders als bei der Europäischen Kommission sowie anderen nationalen Kartellbehörden – derzeit keine Möglichkeit, die Datenanalysen der Behörde in laufenden Verfahren nachvollziehen oder plausibilisieren zu lassen.[340]

1108. Die Monopolkommission regt an, diese Praxis zu überprüfen. Sollte die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes zutreffen, dass der von der Europäischen Kommission im Rahmen von Fusionskontrollverfahren praktizierte Datenzugang nach deutschem Recht nicht möglich ist, sollte der Gesetzgeber prüfen, ob eine entsprechende Anpassung des nationalen Rechts erfolgen sollte. Soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, öffentliche Interessen und der Datenschutz gewahrt werden, stellen der Zugang zu Daten und die Möglichkeit, quantitative Analysen der Kartellbehörde im Rahmen von Verfahren nachzuvollziehen ein probates Mittel zur Erhöhung der Verfahrenstransparenz und Akzeptanz behördlicher Entscheidungen dar.

1109. Umfangreiche Datensätze werden darüber hinaus bei Sektoruntersuchungen gemäß § 32e GWB erhoben. Aus den Sektoruntersuchungen können Feststellungen der Kartellbehörden, z. B. hinsichtlich der Marktbeherrschung bestimmter Unternehmen, resultieren. Sofern diese in künftigen Verwaltungsverfahren einen Teil der Entscheidungsgrundlage bilden, sind sie für betroffene Unternehmen kaum gerichtlich anfechtbar. Eine Klage mit Blick auf die Sektoruntersuchung selbst dürfte nicht möglich sein. Denkbar wäre zwar eine Inzidentkontrolle bei der Überprüfung der konkreten behördlichen Entscheidung. Diese Inzidentkontrolle seitens des Gerichts dürfte aber ihrerseits mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, da sie komplexe ökonomische Zusammenhänge und sehr umfangreiche quantitative Analysen betrifft. Auch hier wäre deshalb nach Auffassung der Monopolkommission zu prüfen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Verfahrensbeteiligte bzw. ihre externen Berater Zugang zu diesen Daten erhalten können.

7 Ex post-Evaluationen behördlicher Entscheidungen

7.1 Einführung

1110. Untersuchungen zur Überprüfung der Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden werden gemeinhin als Ex post-Evaluationen bezeichnet. Mit Ex post-Evaluationen können prinzipiell die von den Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden ausgehenden markt- bzw. sektorspezifischen Wettbewerbseffekten sowie sektorübergreifenden Wohlfahrtseffekten identifiziert werden.[341] Hierbei ist zwischen direkten und indirekten Wettbewerbseffekten zu trennen.[342] Während sich die direkten Wettbewerbseffekte im Rahmen der Evaluationen anhand von Veränderungen relevanter Markt- und Wettbewerbsindikatoren wie z. B. von Marktpreisen und-anteilen sowie Produktvielfalt quantifizieren lassen, sind die indirekten Wettbewerbseffekte wie z. B. pro-kompetitive Verhaltensveränderungen der Marktagenten infolge einer gesteigerten Abschreckungswirkung nur bedingt abschätzbar.[343]

1111. Wettbewerbsbehörden gründen ihre Entscheidungen auf geltendes Kartellrecht und dem jeweiligen verfahrensgegenständlichen Sachverhalt. Bevor Wettbewerbsbehörden ihre Entscheidungen treffen, evaluieren sie ex ante die möglicherweise eintretenden Wettbewerbseffekte der aus ihrer Sicht relevanten Entscheidungsoptionen innerhalb der verfahrensrechtlich vorgegebenen Zeiträume. Für eine sachverhaltsgerechte Ex post-Evaluation bedarf es daher einer Berücksichtigung des ausgestalteten Rechtsrahmens sowie der unterschiedlichen, zum Zeitpunkt der Ex ante-Evaluation bzw. der behördlichen Entscheidung und dem der Ex post-Evaluation vorliegenden Informationsmengen.

---

[340] Auch in gerichtlichen Verfahren ist die Akteneinsicht beschränkt; vgl. etwa für das Beschwerdeverfahren § 72 Abs. 2 GWB.

[341] EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, Juni 2015, S. 33 ff.

[342] Die Analyse direkter und indirekter Wettbewerbseffekte gleicht z. T. einer Analyse der durch die behördlichen Entscheidungen hervorgerufenen allokativen, produktiven sowie dynamischen Effizienzsteigerungen. Die allokative Effizienz von (intensiverem) Wettbewerb beschreibt eine vergleichsweise wohlfahrtsoptimale Verteilung der Marktrenten, die produktive Effizienz eine vergleichsweise effiziente Verteilung der Ressourcen und die dynamische Effizienz vergleichsweise höhere Innovationsanreize.

[343] Zur Abschreckungswirkung geltender Sanktionsmaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen in Deutschland und Europa vgl. etwa Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 140 ff. Zu Möglichkeiten der Wettbewerbsbehörden zur Steigerung der Abschreckungswirkung geltenden Kartellrechtes mittels Screening vgl. etwa ebenda Tz. 815 ff.

1112. Ex post-Evaluationen können grob in drei Kategorien unterteilt werden[344]:

- Berichterstattung über Entscheidungspraxis
- Entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen
- Weitreichende Wirkungsanalysen.

Eng an die Wahl eines Evaluationstypus geknüpft sind die dazugehörigen Beweggründe bzw. die mit einer Evaluation verbundenen wirtschaftspolitischen Ziele:

- Verbesserung der behördlichen Entscheidungspraxis
- Darlegung des volkswirtschaftlichen Nutzens behördlicher Tätigkeiten
- Erhöhung der behördlichen Transparenz
- Steigerung der Effektivität des Rechtsrahmens
- Nachkommen einer gesetzlichen Verpflichtung.

1113. Mittels Berichterstattung der Wettbewerbsbehörden über ihre Entscheidungspraxis in Jahres- und Tätigkeitsberichten können diese ihren gesetzlichen Auftrag nachkommen und die gesetzgebenden Körperschaften, Verbraucher und Unternehmen informieren. Ferner können sie mit einer umfassenden Berichterstattung öffentlichkeitswirksam ihren volkswirtschaftlichen Nutzen, basierend auf Schätzungen der durch die Entscheidungspraxis ausgelösten Wohlfahrtsgewinne (insbesondere finanzielle Entlastungen der Verbraucher), dokumentieren und zugleich Rechenschaft über die Verwendung der eingesetzten Steuergelder ablegen. Da Jahres- und Tätigkeitsberichte einem kurzperiodigen Veröffentlichungszyklus unterliegen, findet eine zeitnahe Berichterstattung nach Bekanntgabe der Entscheidungen statt, weshalb die zu den Wohlfahrtseffekten getroffenen Aussagen überwiegend Prognosen darstellen.[345] Für die Schätzungen etwaiger Wohlfahrtsveränderungen sind neben den Evaluationsmethoden insbesondere die für die Prognosen zugrunde zulegenden Annahmen von Bedeutung.

1114. Eingehende Nachuntersuchungen zu den markt- und sektorspezifischen Wettbewerbseffekten einzelner oder mehrerer Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde ermöglichen eine Überprüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Entscheidungen anhand der faktischen Wettbewerbsentwicklungen. Hierdurch können sich insbesondere Lerneffekte bei den Wettbewerbsbehörden einstellen, z. B. in Bezug auf die Auswahl von spezifischen Methoden zur Durchsetzung des Kartellrechts, und die behördliche Schwerpunktsetzung verändern, z. B. ein vermehrter Einsatz personeller Ressourcen in spezielle Aufgabenbereiche. Beides führt gemeinhin zu einer Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und Wettbewerbskontrolle. Des Weiteren können entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen zu einer Effektivierung der Rechtsordnung dahin gehend beitragen, als dass behördliche Entscheidungen auf geltendes Recht gründen und sich demzufolge aus den Ergebnissen der Ex post-Evaluationen mitunter ein Modifizierungsbedarf bei der Rechtsordnung ableiten lässt. Hierfür sind vor allem Meta-Analysen geeignet, in denen eine Vielzahl an behördlichen Entscheidungen desselben Rechtsgebietes (Fusionskontrolle, Kartellverfolgung oder Missbrauchsaufsicht) analysiert wird. Zur Identifizierung der Wettbewerbseffekte bedarf es in der Regel einer mehrjährigen Zeitspanne vor und nach dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung.[346]

1115. Ex post-Evaluationen können zudem die Messung der von den behördlichen Entscheidungen ausgehenden in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht weitreichenden Markteffekte zum Ziel haben. Dies beinhaltet z. B. die

---

[344] Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, 20. Februar 2013, S. 3 f. Zu einer alternativen, vergleichsweise differenzierten Klassifizierung vgl. EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 33 ff.

[345] Während nach der Klassifizierung der OECD Prognosen zu den Wohlfahrtseffekten behördlicher Entscheidungen unter dem Evaluations-Typus „Berichterstattung über Entscheidungspraxis“ subsumiert werden, werden sie nach der Klassifizierung der Europäischen Kommission zu „Makroökonomische Wirkungsanalysen“ gezählt; vgl. ebenda, S. 80 ff. einschließlich Fn. 15.

[346] Die Europäische Kommission empfiehlt etwa bei Evaluationen von Fusionskontrollverfahren, dass mindestens ein Jahr der Post Merger-Integration erfasst wird, insbesondere bei Freigaben ohne Nebenbestimmungen; vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Juli 2015, S. 25 f.

Quantifizierung sektorübergreifender und makroökonomischer Effekte. Solche weitreichenden Wirkungsanalysen bieten die Möglichkeit, vor allem den volkswirtschaftlichen Nutzen der Entscheidungspraxis zu dokumentieren. Auch kann hiermit die Effektivität des Rechtsrahmens überprüft werden, da Überschneidungen zwischen dem Kartellrecht und anderen Rechtsgebieten verdeutlicht und in der Folge analysiert werden können.[347] Zur Durchführung derart weitreichender Wirkungsanalysen bedarf es ebenfalls einer mehrjährigen Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung und dem der Durchführung der Ex post-Evaluation. Wegen einer fehlenden sachlichen, räumlichen sowie zeitlichen Marktabgrenzung gestaltet sich eine Identifizierung solcher Effekte vergleichsweise schwierig.

1116. Die normative Analyse einer Ex post-Evaluation, in welcher die durch die behördliche Entscheidung ausgelösten Markt- und Wettbewerbseffekte, vor allem Marktpreiseffekte, unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten bewertet werden sollen, basiert im Wesentlichen auf den Vergleich des faktischen Wettbewerbszustandes mit dem hypothetischen, kontrafaktischen Wettbewerbszustand. Der kontrafaktische Wettbewerbszustand stellt den Zustand dar, der eingetreten wäre, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht die betreffende Entscheidung getroffen hätte. Aus dem Vergleich beider Zustände leitet sich der Nettoeffekt der behördlichen Entscheidung ab. Entspricht der Nettoeffekt z. B. einer Preissenkung bei gleichbleibender Qualität, so würde dies die Konsumentenrente tendenziell erhöhen und damit als positiv gewertet werden, wohingegen eine Preiserhöhung die Konsumentenrente tendenziell verringert und als negativ beschieden würde. Dabei kann sowohl einem positiven wie auch einem negativen Nettoeffekt unter Umständen eine unverhältnismäßige behördliche Entscheidung unterliegen. So kann etwa eine die Konsumentenwohlfahrt fördernde Entscheidung zu restriktiv (sogenannter Fehler Typ I), eine die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigende Entscheidung hingegen unzureichend sein (sogenannter Fehler Typ II). Die Unverhältnismäßigkeit einer Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde lässt sich – sofern keine eklatanten Verfahrensfehler begangen werden – erst nachträglich feststellen, d. h., wenn sich die durch die Entscheidung ausgelösten Markt- und Wettbewerbsimpulse vollends entfalten haben.

1117. Für eine Identifizierung der Markt- und Wettbewerbseffekte einer behördlichen Entscheidung sind demnach Informationen über den kontrafaktischen Wettbewerbszustand von großer Bedeutung. Zur Identifizierung der Wettbewerbs- und Markteffekte kommen verschiedene qualitative und quantitative Evaluationsmethoden in Betracht. Während es sich bei den qualitativen Methoden etwa um Umfragen unter Marktbeobachtern und Befragungen von Marktteilnehmern handelt, umfasst das Spektrum quantitativer Methoden insbesondere Methoden der Induktiven Statistik bzw. ökonometrische Methoden. Die datenbasierten, größtenteils empirischen Analysen können z. T. modelltheoretisch fundiert sein. Der Anwendungsbereich der Evaluationsmethoden ist nicht auf Verfahren spezieller Kartellrechtsbereiche beschränkt, sondern vielmehr aufgrund der Vor- und Nachteile der einzelnen Evaluationsmethoden maßgeblich durch die Evaluationsziele bestimmt. Zu den gängigen Evaluationsmethoden, die in den Folgeabschnitten dieses Kapitels exemplarisch vorgestellt werden, gehören[348]:

- Deskriptive Statistik (zur Verbraucherersparnis)
- Quasi-Experimentelle Methoden
- Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form
- Event-Studien
- Marktumfragen und Interviews
- Ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form.

1118. Den potenziellen Erkenntnisgewinnen von Ex post-Evaluationen stehen Unwägbarkeiten bei der Umsetzung gegenüber. In Bezug auf die Methodenwahl ist festzuhalten, dass die Anwendung sowohl von qualitativen wie auch quan-

---

[347] Vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 449 f., 554 und XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1383 f.

[348] Auszug aus EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., Tabelle I.6. Zu einer Übersicht über die Anwendungsmöglichkeiten der Evaluationsmethoden sowie zu den methodischen Vor- und Nachteilen vgl. OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies‘ enforcement decisions, April 2016, S. 66 ff.

titativen Methoden Fehlerpotenziale in sich bergen kann. Die mittels qualitativer Methoden, wie etwa Marktumfragen, erhobenen Daten stellen beispielsweise Einschätzungen und damit subjektive Bewertungen der Befragten zu einem Sachverhalt dar, die (bewusst oder unbewusst) unpräzise sein können. Bei quantitativen Analysen werden in aller Regel statistische Methoden verwendet, die allesamt qua Definition stochastisch und damit fehlerbehaftet sein können. Die aus den empirischen Analysen gewonnenen Erkenntnisse sind daher als Indizien und nicht als Beweise zu interpretieren. Gewöhnlich steigt die Güte und somit die Aussagekraft einer empirischen Analyse mit der Datenqualität sowie-quantität und der Methodenkomplexität. Die Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards bei der Datenbeschaffung, Methodenanwendung und Datenauswertung ist mit einem relativ hohen personellen, sachlichen und zeitlichen Ressourcenaufwand verbunden, weshalb Ex post-Evaluationen umfangreiche Planungen voraussetzen.[349]

1119. Die Planungen schließen insbesondere auch die Entscheidung ein, ob die Ex post-Evaluationen von den betreffenden Wettbewerbsbehörden selbst oder von Verfahrensunbeteiligten, vornehmlich von Vertretern der Wissenschaft, vorgenommen werden sollen. Für die Betrauung von Verfahrensunbeteiligten mit Ex post-Evaluationen spricht prinzipiell deren Unabhängigkeit, obgleich auch sie befangen sein können.[350] So könnte etwa für sie der Anreiz bestehen, Evaluationsergebnisse tendenziell im Sinne des Auftraggebers, z. B. der zu evaluierenden Wettbewerbsbehörde, zu ermitteln, um Folgeaufträgen zu akquirieren. Während eine Selbstevaluation der Wettbewerbsbehörden stets ein erhöhtes Risiko einer Verzerrung bei der Selektion der zu evaluierenden behördlichen Entscheidungen – zugunsten derjenigen mit der Aussicht auf ein positives Evaluationsergebnis – in sich birgt, erscheint dieser Interessenkonflikt bei Verfahrensunbeteiligten gleichwohl geringer. Dem Risiko einer Selektionsverzerrung liegt die Annahme zugrunde, dass die Wettbewerbsbehörden die Auffassung vertreten könnten, dass sie bei einem aus ihrer Sicht negativen Evaluationsergebnis Reputationsverluste erleiden würden, sich gegebenenfalls Schadensersatzklagen und einer verminderten Abschreckungswirkung ihrer Sanktionsmaßnahmen ausgesetzt sähen, was ihre zukünftige Entscheidungspraxis beeinträchtigen könnte.[351] Ungeachtet dessen spricht für die Betrauung von Verfahrensunbeteiligten, dass diese möglicherweise im Vergleich zu den Wettbewerbsbehörden über eine höhere Methodenkompetenz und Anwendungserfahrung verfügen. Wettbewerbsbehörden hingegen verfügen über verfahrensbezogene Detailkenntnisse und Zugang zu den bereits erhobenen Daten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Mit den ihnen in der Regel per Gesetz erteilten Auskunftsbefugnissen können sie zudem im Gegensatz zu den Verfahrensunbeteiligten zusätzliche für die Ex post-Evaluationen relevante Unternehmensdaten beschaffen.[352]

1120. Gerichtliche Überprüfungen von behördlichen Entscheidungen können den zuvor skizzierten Trade-off zwischen Effektivität und Unabhängigkeit bei Ex post-Evaluationen nicht auflösen. Gerichtliche Überprüfungen sind wie die behördliche Entscheidungspraxis wesentlicher Bestandteil der Rechtsdurchsetzung und werden aus diesem Grund gewöhnlich nicht als Ex post-Evaluation betrachtet, vielmehr können sie selbst einer Ex post-Evaluation unterliegen.[353]

---

[349] Vgl. etwa Hüschelrath, K./Leheyda, N., A Methodology for the Evaluation of Competition Policy, European Competition Journal 6(2), 2010, S. 397-425.

[350] Vgl. etwa Niels, G./van Dijk, R., Competition policy: What are the costs and benefits of measuring its costs and benefits, De Economist 156(4), 2008, S. 349-364.

[351] Vgl. etwa Neven, D. J./Zenger, H., Ex Post Evaluation of Enforcement: A Principal-Agent Perspective, De Economist 156(4), 2008, S. 477-490.

[352] Vgl. etwa Kovacic, W. E., Using ex post evaluations to improve the performance of competition policy authorities, Journal of Corporation Law 31(2), 2006, S. 504-547.

[353] Vgl. etwa Bergman, M. A., Quis Custodiet Ipsos Custodes or Measuring and Evaluating the Effectiveness of Competition Enforcement, De Economist 156(4), 2008, S. 391.

7.2 Berichterstattung über Entscheidungspraxis

7.2.1 Anwendungspraxis

1121. Die überwiegende Mehrheit der Wettbewerbsbehörden aus den OECD-Ländern ist zu einer jährlichen Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichts gesetzlich verpflichtet.[354] In ihren Tätigkeitsberichten geben die Wettbewerbsbehörden detaillierte Auskunft über die in dem Berichtszeitraum vorgenommenen behördlichen Tätigkeiten wie z. B. über die laufenden und abgeschlossenen Verfahren sowie erhobenen Bußgelder. Zudem publizieren einige Wettbewerbsbehörden wie etwa die Europäische Kommission jährlich Schätzungen zu den finanziellen Entlastungen auf Grundlage von Methoden der Deskriptiven Statistik, die Verbraucher durch die Verfahrensentscheidungen im Bereich der Kartellverfolgung, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle zuteil geworden sein sollen („customer savings").

1122. In Deutschland veröffentlicht das Bundeskartellamt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GWB alle zwei Jahre einen Tätigkeitsbericht über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung in seinem Zuständigkeitsbereich. Ferner erstellt es gemäß § 53 Abs. 3 GWB einen Bericht über seine Monitoringtätigkeit nach § 48 Absatz 3 GWB im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur, soweit Aspekte der Regulierung der Leitungsnetze betroffen sind. Darüber hinaus veröffentlicht das Bundeskartellamt einen Jahresbericht, indem es einen Überblick über sein Tätigkeitsspektrum verschafft. Zudem betreibt das Bundeskartellamt Öffentlichkeitsarbeit zur Förderung des gesellschaftlichen Verständnisses für die Wettbewerbspolitik, insbesondere im sekundären Bildungsbereich.[355] In seinem Jahresbericht publiziert das Bundeskartellamt bislang zwar keine Schätzungen zu der durch die Entscheidungspraxis insgesamt bewirkten finanziellen Entlastung der Verbraucher, gleichwohl weist es auf die verhängten Bußgelder sowie den Nutzen für die Verbraucher und in seinem 2015er Jahresbericht erstmals auf die durch die Verfolgung von Hardcore-Kartellen erzielten Verbrauchererspanisse hin.[356] In seinem Tätigkeitsbericht hat das Bundeskartellamt vereinzelt Schätzungen zu der auf seine Ermittlungspraxis zurückzuführenden Verbraucherersparnis veröffentlicht.[357]

7.2.2 Deskriptive Statistik (zur Verbraucherersparnis)

1123. Die Schätzung über die jährliche finanzielle Entlastung der Verbraucher, die durch die Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde bedingt worden sein sollen, ergibt sich aus der Summe aller Schätzungen zu den jeweils von den spezifischen behördlichen Entscheidungen hervorgerufenen Verbraucherersparnissen. Die Schätzung der durch eine behördliche Entscheidung hervorgerufene Verbraucherersparnis beruht im einfachsten Fall ohne Berücksichtigung dynamischer Effekte auf dem Produkt der folgenden drei Parameter: der durch die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde hervorgerufene Marktpreisreduktion, des tatbezogenen Umsatzes des relevanten Marktes und der erwarteten Länge des Zeitraums der anhaltenden Marktpreisreduktion.

Tabelle IV.2: Berechnungsgrundlage zur Schätzung der Verbraucherersparnis

	Kartellverfahren	Fusionskontrollverfahren
Preisreduktion	10-15 %*	1-5 %

---

[354] Die OECD hat im Februar 2012 eine Umfrage zu Ex post-Evaluationen unter 52 Wettbewerbsbehörden durchgeführt, an der sich 46 beteiligt haben; vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 5 ff.

[355] Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Schulmaterial/schulmaterial_node.html, Abruf am 22. März 2016.

[356] Vgl. BKartA, Jahresbericht 2015, Mai 2016, S. 20; Jahresbericht 2014, Juni 2015, S. 20; Jahresbericht 2013, Juli 2014, S. 20.

[357] In seiner Sektoruntersuchung Duale Systeme etwa hat das Bundeskartellamt die Verbraucherersparnis der durch die 2003 vollzogene Auflösung der kartellartigen Gesellschafterstruktur bei der Gesellschaft Duales System Deutschland im Bereich der Abfallwirtschaft für den Zeitraum von 2003-2011 auf mindestens EUR 5,6 Mrd. geschätzt; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 86; Sektoruntersuchung Duale Systeme, Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, Dezember 2012, S. 65 f. Ferner hat das Bundeskartellamt die auf seine bis Ende 2008 gegen Gasversorger geführten Preismissbrauchsverfahren zurückzuführende Ersparnis von Haushaltskunden für die Jahre 2009 und 2010 auf ca. EUR 444 Mio. geschätzt; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 120.

Tatbezogener Umsatz	Umsatz der Kartellmitglieder	Umsatz des relevanten Marktes
Erwarteter Zeitraum	1, 3 oder 6 Jahre*	2-5 Jahre, abhängig von Markteintrittsbarrieren

Anmerkungen: Wegen einer geringen Anzahl an Missbrauchsverfahren nimmt die Europäische Kommission aus Gründen der Vertraulichkeit seit 2010 keine Schätzungen mehr für Missbrauchsverfahren vor.*Schätzungen für Europa zur Folge liegt der durchschnittliche Kartellpreisaufschlag bei ca. 20 Prozent des Verkaufspreises und die durchschnittliche Kartelldauer bei über 8 Jahren; vgl. z. B. Smuda, F., Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law, Journal of Competition Law and Economics 10(1), 2014, S. 63-86; Bolotova, Y. V., Cartel overcharges: an empirical analysis, Journal of Economic Behavior & Organization, 70(1-2), 2009, S. 321-341.

Quelle: EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 80 ff.

1124. Schätzungen zu den finanziellen Entlastungen der Verbraucher haben den Vorteil, dass sie prinzipiell einen unmittelbaren Bezug zu den Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden aufweisen und somit visibel den (positiven) Einfluss der Rechtsdurchsetzung dokumentieren können. Ein Nachteil derartiger Berechnungen ist, dass sie in der Regel sehr unpräzise sind. Ein anderer Nachteil besteht darin, dass die Wettbewerbsbehörden wegen der Öffentlichkeitswirksamkeit hoher Schätzzahlen nunmehr einen größeren Fehlanreiz haben könnten, das Kartellrecht unverhältnismäßig rigide durchzusetzen (“over-enforcement“) und die behördlichen Tätigkeiten zu einseitig auf bestimmte Kartellrechtsgebiete zu konzentrieren. Zudem unterschätzen sie gewöhnlich den wohlfahrtsökonomischen Einfluss der Wettbewerbspolitik, weil sie etwaige mittelbare, dynamische Effekte wie z. B. auf die Produktqualität und Innovationskraft einerseits und auf das unternehmerische Marktverhalten andererseits nicht erfassen.

Tabelle IV.3: Schätzungen der Verbraucherersparnisse 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Kartellverfahren (Mrd. €)	1,34	1,87	7,78-11,66	1,89-2,83	1,38-2,04	4,92-5,69	1,78-2,64
Kartellverfahren (Anzahl)	7	6	7	4	5	4	10
Fusionskontrollverfahren (Mrd. €)	6,12	6,17	4,54-6,80	4,19-6,08	2,25-5,71	0,30-0,70	2,02-5,06
Fusionskontrollverfahren (Anzahl)	13	8	4	10	5	1	6

Anmerkungen: Die Angaben sind inflationsbereinigt zu Preisen von 2015. Eigene Berechnungen

Quellen: EU-Kommission, DG Competition, annual activity report 2014, S. 7 ff.; annual activity report 2009, S. 6 ff.; Eurostat, Harmonised Indices of Consumer Prices

1125. Da über die Parameter zur Bestimmung der Verbraucherersparnis gewöhnlich keine verfahrensspezifischen Informationen vorliegen, hat unter anderem die Europäische Kommission Annahmen zu den Parametern separat für Kartell- und Fusionskontrollverfahren als Berechnungsgrundlage veröffentlicht.[358] Diese sind in Tabelle IV.2 dargestellt. Die Europäische Kommission beziffert die finanziellen Entlastungen der Verbraucher auf mehrere Milliarden Euro pro Jahr. Wie in Tabelle IV.3 dargestellt, variieren die Schätzungen in dem Zeitraum von 2008 bis 2014 erheblich. So beträgt die Spannweite der Schätzungen z. B. für 2010 zwischen ca. EUR 12,32 Mrd. bzw. EUR 18,46 Mrd., für 2014 zwischen ca. EUR 3,80 Mrd. bzw. EUR 7,70 Mrd.

[358] Ebenso haben weitere in diesem Bereich aktive Wettbewerbsbehörden Annahmen zu den einzelnen Parametern veröffentlicht; vgl. etwa EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 80 ff. sowie OECD, Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities, April 2014; Davies, S., Assessment of the Impact of Competition Authorities‘ Activities, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 13. Februar 2013.

7.3 Entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen

7.3.1 Anwendungspraxis

1126. Im Gegensatz zur Berichterstattung sind eingehende entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen nur für wenige Wettbewerbsbehörden aus OECD-Ländern gesetzlich verpflichtend. Nichtsdestotrotz hat ein Großteil der Wettbewerbsbehörden seit 2000 bereits mindestens eine Ex post-Evaluation zu einem selbst entschiedenen Verfahren – überwiegend Fusionskontrollverfahren – vorgenommen.[359] Besonders aktiv sind die Wettbewerbsbehörden in den USA, in den Niederlanden und in Großbritannien, die seit Längerem die eigene Entscheidungspraxis evaluieren (lassen). Soweit die Wettbewerbsbehörden Eigenevaluationen in der Vergangenheit durchgeführt haben, haben sie diese überwiegend von Vertretern der Wissenschaft begutachten lassen. Die wesentlichen Gründe, die nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden der OECD-Länder für oder gegen freiwillig durchgeführte entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen sprechen, sind in Tabelle IV.4 aufgeführt. Demnach sehen die Behörden entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen als Instrumentarium zur Verbesserung der behördlichen Entscheidungspraxis, als Rechtfertigung für ihre hoheitlichen Aufgaben und als Möglichkeit zur Festlegung behördlicher Tätigkeitsschwerpunkte an. Als Gegenargumente bringen sie eine (zu) geringe behördliche Ressourcenausstattung, ein Mangel an Expertise in der Anwendung statistischer Evaluationsmethoden, eine Mangel an relevanten Daten sowie andere Aufgabenschwerpunkte vor.[360]

1127. Den Großteil entscheidungsspezifischer Ex post-Evaluationen haben Verfahrensunabhängige, insbesondere Vertreter aus der Wissenschaft, durchgeführt.[361] Diese haben sowohl die Angemessenheit einzelner Entscheidungen wie auch die Effektivität rechtlicher Rahmenbedingungen überprüft.[362] Zur Überprüfung des Rechtsrahmens haben sie im Rahmen von Meta-Analysen eine Vielzahl an behördlichen Einzelentscheidungen untersucht.[363] Wettbewerbsbehörden haben sich hingegen bei ihren Ex post-Evaluationen auf die Nachprüfung von Einzelentscheidungen konzentriert.

---

[359] Die britische, die belgische und die japanische Wettbewerbsbehörde sind zur Durchführung von Ex post-Evaluationen verpflichtet; vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 13 ff.; 46 ff.

[360] Soweit ein Mangel an Daten in Bezug auf die Anwendung von Ex post-Analysen festgestellt wird, bedeutet dies in der Regel nicht, dass auch die behördlichen Entscheidungen auf einer mangelhaften Datenbasis gründen. Die für eine Ex post-Analyse notwendigen Daten zur Post Merger-Integration sowie zu Vergleichsunternehmen zur Abbildung des kontrafaktischen Zustandes können zum einen nicht zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung vorliegen, zum anderen bedarf es dererlei Daten gewöhnlich nicht für eine behördliche Entscheidung vornehmlich betreffend Kartell- und Missbrauchsverfahren.

[361] Zu einer aktuellen Übersicht zu Ex post-Studien vgl. etwa OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., Annex C.

[362] Zwischen der Effektivität behördlicher Entscheidungen und der des geltenden Rechts- und Regulierungsrahmens besteht ein interdependenter Zusammenhang. Indem eine Vielzahl an behördlichen Entscheidungen zusammenfassend untersucht wird, die von derselben Wettbewerbsbehörde getroffen worden ist, können unsystematische Verzerrungen, die entweder auf die verfahrensspezifischen Sachverhalte oder auf behördliche Fehlentscheidungen zurückzuführen sind, weithin beseitigt werden. Wird ferner unterstellt, dass Wettbewerbsbehörden keine systematischen Fehler begehen, lassen sich tendenziell Rückschlüsse auf die Effektivität des Rechts- bzw. Regulierungsrahmens ziehen. Bei Evaluationen des Rechtsrahmens ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass z. B. nur ein Bruchteil kartellrechtswidriger Handlungen entdeckt wird; vgl. etwa Ormosi, P. L., A tip of the iceberg? The probability of catching cartels, Journal of Applied Econometrics 29(4), 2014, S. 549-566; und bestehende Sanktionsmaßnahmen eine Abschreckungswirkung entfalten können, die nur bedingt geschätzt werden kann; vgl. etwa Clougherty, J. u. a., Effective European Antitrust: Does EC Merger Policy Involve Deterrence?, Economic Inquiry, 2016, doi: 10.1111/ecin.12346; Motta, M., On cartel deterrence and fines in the European Union, European Competition Law Review 29, 2008, S. 209-220 und Office of Fair Trading, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, A report prepared by Deloitte, November 2007.

[363] Zur europäischen Fusionskontrolle vgl. etwa ferner Heim, S./Hüschelrath, K./Laitenberger, U., The Duration of the EC Merger Control Process: Determinants and the Impact of the 2004 Merger Regulation Reform, International Journal of the Economics of Business 23(1), 2016, S. 37-62; Kovacic, W. E./Mavroidis, P. C./Neven, D. J., Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of EU and US Practice, Antitrust Bulletin 59(1), 2014, S. 55-109; Duso, T./Gugler, K./Szücs, F., An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform, Economic Journal 123(572), 2013, S. 596-619; Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, International Journal of Industrial Organization 30(6), 2012, S. 654-662 sowie Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B., How Effective is European Merger Control?, European Economic Review 55(7), 2011, S. 980-1006. Zur europäischen Praxis der Durchsetzung des Kartellverbotes vgl. etwa ferner Hellwig, M./Hüschelrath, K./Laitenberger, U., Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment, ZEW-Diskussionspapier Nr. 16-010, 2016; Smuda, F./Bougette, P./Hüschelrath, K., Determinants of the Duration of European Appellate Court Proceedings in Cartel

Wegen der vergleichsweise hohen Anzahl an Fusionskontrollverfahren und den methodischen Potenzialen zur Identifizierung von Wettbewerbseffekten sind bisher vornehmlich Fusionskontrollentscheidungen Gegenstand von derartigen Ex post-Evaluationen gewesen.[364] Unabhängig vom Evaluationsziel kommen mittlerweile überwiegend quantitative Evaluationsmethoden zur Anwendung, in denen Marktdaten auf Grundlage von ökonometrischen Methoden untersucht werden. Der vermehrte Rückgriff auf ökonometrische Methoden liegt vor allem darin begründet, dass mit ihnen anders als mit Methoden der Deskriptiven Statistik prinzipiell die, für eine Identifizierung der durch die behördliche Entscheidung ausgelösten Wettbewerbseffekte notwendige, Abstrahierung von parallel auftretenden nachfrage- und angebotsrelevanten Einflussfaktoren möglich ist. Ohne eine derartige Abstrahierung können sich wie bei einem simplen Vorher-Nachher-Vergleich verzerrte Analyseergebnisse ergeben, aus denen fehlerhafte Rückschlüsse gezogen würden.[365] Gängige quantitative Evaluationsmethoden für entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen sind quasiexperimentelle Methoden, Simulationen und Event-Studien. Eine gängige qualitative Methode stellt die Befragung von Marktteilnehmern dar.

Tabelle IV.4: Gründe für und gegen entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen aus Sicht von Wettbewerbsbehörden

Gründe für Nachuntersuchungen	Nennungen	Gründe gegen Nachuntersuchungen	Nennungen
Verbesserung der Entscheidungspraxis	19	Mangel an Ressourcen	9
Rechtfertigung für Tätigkeiten	13	Mangel an methodischer Expertise	4
Festlegung der Tätigkeitsschwerpunkte	6	Mangel an Daten	2
		Andere Prioritäten	2
		Andere Gründe	5

Anmerkungen: In der Tabelle ist die jeweilige Anzahl der von der OECD befragten Wettbewerbsbehörden angegebenen Gründe für oder gegen entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen aufgeführt. Die Wettbewerbsbehörden konnten Mehrfachangaben machen, weshalb die tabellierte Gesamtanzahl nicht der Anzahl der an der Umfrage beteiligten Wettbewerbsbehörden entspricht. An der Umfrage der OECD nahmen 46 Wettbewerbsbehörden teil. Eigene Darstellung

Quelle: OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 16 f.

1128. Die Europäische Kommission hat erstmalig 2014 in dem Fusionskontrollverfahren INEOS/Solvay/JV implizit und 2015 mit der Studie zu den beiden Fusionskontrollverfahren T-Mobile/tele.ring und T-Mobile/Orange Netherlands explizit eigene Entscheidungen mithilfe ökonometrischer Methoden evaluiert.[366] Außerdem hat sie im dem Jahr eine Meta-Studie zum Einfluss von Fusionskontrollverfahren in der EU publiziert.[367] Ferner hat die Europäische Kommission

Cases, Journal of Common Market Studies 53(6), 2015, S. 1352-1369. Zur europäischen Praxis der Missbrauchsaufsicht vgl. etwa Aguzzoni, L./Langus, G./Motta, M., The effect of the EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation, Journal of Industrial Economics 61(2), 2013, S. 290-338.

[364] Vgl. etwa Davies, S./Ormosi, P., Assessing Competition Policy: Methodologies, Gaps and Agenda for Future Research, Journal of Competition Law and Economics 8(4), 2012, S. 769-803.

[365] Ausführlicher vgl. etwa Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., Berlin 2004, S. 148 ff.

[366] Zum Verfahren INEOS/Solvay/JV vgl. Tz. 873 ff. in diesem Gutachten. Zu den Ex post-Evaluationen der Verfahren T-Mobile/tele.ring und T-Mobile/Orange vgl. Tz. 1130 ff. in diesem Kapitel.

[367] Vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, a. a. O.

bereits eine von ihr in Auftrag gegebene Ex post-Evaluationsstudie zum Missbrauchsverfahren E.ON sowie zum Fusionskontrollverfahren Gaz de France/Suez veröffentlicht.[368] Die Europäische Kommission ist bestrebt, sich auch zukünftig im Bereich entscheidungsspezifischer Ex post-Evaluationen zu engagieren.[369] Bedarf an derartigen Ex post-Evaluationen schien – zumindest in der Vergangenheit – ebenfalls das International Competition Network (ICN) gesehen zu haben. Während noch in den 2013 und 2014 vom ICN veröffentlichten 3-Jahres-Arbeitsplänen Behördenevaluationen einschließlich entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen als potenzielles neues Projekt firmierten, wurden in dem 2015 veröffentlichten 3-Jahres-Arbeitsplan Behördenevaluationen zwar nunmehr als konkretes Projekt deklariert, jedoch entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen ausdrücklich davon ausgenommen.[370] Im Fokus der Planungen des ICN steht stattdessen die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Bewertung ihrer Effektivität in der Ausübung der Rechtsdurchsetzung.

1129. In Deutschland hat das Bundeskartellamt in jüngerer Vergangenheit vereinzelt Ergebnisse zu Ex post-Analysen seiner Entscheidungspraxis, etwa im Rahmen der Sektoruntersuchung Duale Systeme sowie zu Missbrauchsverfahren und erlassenen Beschlüssen zum Gassektor, veröffentlicht.[371] Hierfür hat das Bundeskartellamt qualitative Evaluationsmethoden, wie z. B. eine Marktbefragung, verwendet. Zurzeit beteiligt sich das Bundeskartellamt beispielsweise an einer Evaluierung der verschiedenen kartellbehördlichen Maßnahmen auf den europäischen Hotelportalmärkten.[372] Ferner nimmt die Monopolkommission als unabhängiges Beratungsgremium der Bundesregierung und gesetzgebenden Körperschaften seit Bestehen in ihren Haupt- und Sondergutachten zu aktuellen wirtschaftspolitischen Fragen Stellung und würdigt vor allem in ihrem Hauptgutachten die kartellrechtliche Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes unter ökonomischen und juristischen Gesichtspunkten vorrangig auf Basis qualitativer Analysen.

7.3.2 Quasi-Experimentelle Methoden

1130. Bei quasi-experimentellen Methoden wird der für die Bestimmung des Nettoeffektes relevante Vergleich zwischen dem faktischen und kontrafaktischen Wettbewerbszustand mittels eines Vergleichs der (Preis-)Entwicklung zwischen einer von der behördlichen Entscheidung betroffenen Gruppe (Behandlungsgruppe) und einer nicht von der behördlichen Entscheidung betroffenen Gruppe (Kontrollgruppe) gezogen.[373] Die Wettbewerbsentwicklung der Kontrollgruppe reflektiert dabei den kontrafaktischen Wettbewerbszustand der Behandlungsgruppe. Die behördliche Entscheidung stellt die Behandlung dar. Die Herausforderung besteht nunmehr darin, geeignete Behandlungs- und Kontrollgruppen zu definieren und alle die für die Evaluation notwendigen Daten zu erheben. Die Wahl der Behandlungsgruppe ergibt sich aus der sachlichen und räumlichen und gegebenenfalls aus der zeitlichen Marktabgrenzung. Die

---

[368] Vgl. EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, November 2015. Darüber hinaus hat sie eine in Auftrag gegebene Evaluationsstudie zu ihrer Beihilfepraxis veröffentlicht; EU-Kommission, Ex-post evaluation of the impact of restructuring aid decisions on the viability of aided (non financial) firms, Final report, Februar 2016.

[369] Vgl. etwa EU-Kommission, Competition policy brief 4, Ex post evaluation of competition policy enforcement, 15. Juni 2015, S. 6 sowie Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 40 f.

[370] Vgl. ICN, Agency Effectiveness Working Group 2013-2016 Work Plan, Juni 2013, S. 2 sowie Effectiveness Working Group 2014-2017, Juli 2014, S. 2 jeweils: „Evaluation could include both an agency's overall mission and results across enforcement and policy efforts, as well as specific investigations or advocacy efforts" mit Agency Effectiveness Working Group 2015-2018 Work Plan, Juli 2015, S. 2: „This project would not include the assessment of the results of specific investigations". Siehe ebenso ICN, Competition Agency Evaluation – ICN Agency Practice Manual, April 2016, S. 5: "This project does not seek to address the evaluation of specific enforcement outcomes in any detail, though it touches upon that practice as part of the larger context of agency-wide assessment. Nor does this project seek to address attempts to determine the impact of competition policy on broader economic indicators such as productivity, innovation, growth or employment".

[371] Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 86 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 120; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1289 ff.; Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 591 ff. sowie Tz. 717 f.

[372] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 23. Dezember 2015.

[373] Quasi-experimentelle Methoden unterscheiden sich von experimentellen Methoden dahin gehend, dass die Kontrollgruppe nicht gänzlich nach dem Zufallsprinzip bestimmt. Zu experimentellen Methoden vgl. etwa grundlegend das sogenannte Rubin causal model; Rubin, D. B., Estimating Causal Effects of Treatments in Randomized and Nonrandomized Studies, Journal of Educational Psychology 66(5), 1974, S. 688–701.

Wahl der Kontrollgruppe erfolgt nicht auf Basis eines theoretischen Ansatzes, sondern entweder argumentativ nach der Maßgabe, dass diese sachlich mit der Behandlungsgruppe hinreichend vergleichbar, aber nicht von der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde betroffen war, oder anhand datenbezogener Selektionsverfahren.

1131. Als eine wesentliche Schwäche von quasi-experimentellen Methoden wird die fehlende theoretische Fundierung angeführt, aufgrund dessen keine Wohlfahrtsanalyse betrieben werden kann.[374] Veränderungen relevanter Marktparameter, z. B. von Marktpreisen, können ohne Kenntnisse der Marktgegebenheiten, z. B. des Nachfrage- und Angebotsverhaltens der Marktagenten, nicht unter Wohlfahrtsgesichtspunkten analysiert werden. Als weitere Schwäche wird das fehlende Potenzial zur Identifizierung einer möglichen unverhältnismäßig restriktiven behördlichen Intervention genannt (Fehler Typ I). Beispielsweise ist im Rahmen von Evaluationen von Fusionskontrollverfahren nicht möglich, die Effektivität der Nebenbestimmungen bei Freigabeentscheidungen zu untersuchen.[375] Dies bedürfte der Untersuchung eines weiteren, kontrafaktischen und ohne Verwendung theoretischer Ausführungen nicht modellierbaren Zustandes, in dem Fall die Wettbewerbsentwicklung bei einer Freigabe ohne Nebenbestimmungen.

1132. Die Europäische Kommission hat im November 2015 erstmalig Ergebnisse zu eigens durchgeführten Ex post-Evaluationen von zwei von ihr entschiedenen Fusionskontrollverfahren veröffentlicht. Bei den Fusionskontrollverfahren handelt es sich um das Verfahren T-Mobile/tele.ring, bei dem das Zusammenschlussvorhaben österreichischer Mobilfunknetzbetreiber im April 2006 unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde, und um das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands, bei dem das Zusammenschlussvorhaben niederländischer Mobilfunknetzbetreiber im August 2007 ohne Nebenbestimmungen freigegeben wurde.[376] Die Europäische Kommission hat mit beiden Ex post-Evaluationen Erkenntnisse zur Methodenanwendung zugunsten zukünftiger Ex post-Evaluationen und Fortentwicklung von Mobilfunkmärkten gewinnen wollen. Die Studien hat sie von Wissenschaftlern begutachten lassen.

1133. Im Zentrum beider Ex post-Evaluationen hat jeweils die Identifizierung der durch die Unternehmenszusammenschlüsse ausgelösten Effekte auf die landesweit geltenden Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden gestanden. Zur Untersuchung des kontrafaktischen Marktzustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die jeweilige Freigabe eingestellt hätte, hat die Europäische Kommission zwei quasi-experimentelle Methoden verwendet: den „Difference-in-Differences“-Schätzer (DiD) und den „synthetic control“-Ansatz.[377] Komplementär zu den quantitativen Analysen hat sie qualitative Analysen anhand weiterer Wettbewerbsindikatoren wie z. B. Marktanteile vorgenommen.

1134. Ausgehend von der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in beiden Verfahren hat sich für die Europäische Kommission automatisch die für die Ex post-Evaluationen notwendige Bestimmung der Behandlungsgruppe auf die Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden in Österreich bzw. den Niederlanden erschlossen. Die Behandlung selbst hat die jeweilige behördliche Entscheidung dargestellt, in dem Fall die Freigaben der Zusammenschlussvorhaben. Für die Anwendung des DiD-Schätzers hat die Europäische Kommission Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden aus allen mittel- und westeuropäischen Ländern als Kontrollgruppe ausgewählt.

1135. Mithilfe der DiD-Methode hat die Europäische Kommission die Abweichung bzw. Differenz zwischen der intertemporalen Veränderung bzw. Differenz des Preises für Mobiltelefonie in Österreich bzw. den Niederlanden und der intertemporalen Veränderung bzw. Differenz der Preise für Mobiltelefonie aller mittel- und westeuropäischer Länder vor und nach der Freigabe des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens der Höhe nach geschätzt und auf statistische

---

[374] Vgl. etwa Duso, T./Ormosi, P., Capacity Building Workshop on the Ex-Post Evaluation of Competition Authorities‘ Enforcement Decisions: A Critical Discussion, 26. Oktober 2015, S. 12 f.

[375] Zur Effektivität struktureller und verhaltensorientierter Nebenbestimmungen vgl. etwa Maier-Rigaud, F. P., Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law, in: Lowe, P./Marquis, M./Monti, M. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law, Oxford 2016.

[376] EU-Kommission, Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands, 26. November 2015; Entscheidung vom 26. April 2006, M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring; Entscheidung vom 20. August 2007, M.4748 – T-Mobile/Orange Netherlands.

[377] Eine alternative Schätzmethode stellt z. B. Propensity score matching dar; vgl. hierzu etwa Lear, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, Assessing the effects on price and non-price dimensions of competition, A report prepared by Lear for the ACM, 14. Oktober 2015; Furlan, B./Oberhofer, H./Winner, H., A note on merger and acquisition evaluation, Industrial and Corporate Change 2016, doi: 10.1093/icc/dtv033 und King, G./Nielsen, R., Why Propensity Scores Should Not Be Used for Matching, 2. Februar 2016, http://gking.harvard.edu/files/gking/files/psnot.pdf?m=145 6683191, Abruf am 31. März 2016.

Signifikanz hin getestet. Der für die normative Analyse einer Ex post-Evaluation relevante Nettoeffekt ist somit aus den DiD-Schätzungen bestimmt worden. Durch die Berücksichtigung länderspezifischer Angebots- und Nachfragefaktoren als weitere Erklärungsfaktoren für die Entwicklung der Mobilfunkpreise hat sie für etwaige Schätzverzerrungen in den Regressionsanalysen, bedingt durch länderspezifische Unterschiede, kontrolliert.

1136. Die Aussagekraft der DiD-Schätzungen setzt die Gültigkeit mehrerer Annahmen voraus.[378] Erstens sollten die – um länderspezifische Unterschiede bereinigten – Mobilfunkpreise einen ähnlichen zeitlichen Verlauf aufweisen, andernfalls wäre eine Fehlspezifikation des Regressionsmodells oder Nichtstationarität in den Daten zu vermuten.[379] Zur Überprüfung dieser Annahme hat die Europäische Kommission Trendverläufe in der Pre Merger-Phase und der Post Merger-Integration verglichen.[380] Zweitens sollten die Mobilfunkpreise keiner Persistenz unterliegen, andernfalls wäre ein nicht erfasster autoregressiver Zusammenhang zu vermuten.[381] Zur Vermeidung etwaiger Verzerrungen hat die Europäische Kommission spezielle Cluster-Methoden zur Schätzung von Standardfehlern verwendet.[382] Drittens sollten keine speziellen Marktgegebenheiten vorgelegen haben, die maßgeblich für die Behördenentscheidung waren, andernfalls bestünde das Risiko einer Scheinregression.[383] Die Europäische Kommission ist in ihren Analysen von einer Unabhängigkeit der behördlichen Entscheidungen ausgegangen, ohne weitere konkrete Schätz- und Testmethoden anzuwenden. Viertens sollten möglichst keine Externalitäten zwischen den Märkten der Behandlungs- und der Kontrollgruppe auftreten, andernfalls wäre ein Vergleich ungeeignet. Die Europäische Kommission ist von der Unabhängigkeit zwischen den behördlichen Entscheidungen und der Preisentwicklung in den anderen europäischen Ländern ausgegangen.

1137. Mit der Verwendung des „synthetic control“-Schätzers hat die Europäische Kommission die Bestimmung der Kontrollgruppe in beiden Evaluations-Studien nicht von ihren subjektiven Einschätzungen abhängig gemacht, sondern von einem datenbezogenen Selektionsprozess.[384] Die Kontrollgruppen hat sie jeweils als gewichtete Linearkombina-

---

[378] Vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Juli 2015, S. 19 ff.

[379] Nichtstationarität liegt vor, wenn ein stochastischer Prozess einem stochastischen oder deterministischen Trend unterliegt. Zu Tests auf (Nicht-)Stationarität vgl. etwa Pesaran, M.H., A simple panel unit root test in the presence of cross section dependence, Journal of Applied Econometrics 27, 2007, S. 265–312. Gegebenenfalls ist ferner die Durchführung von Strukturbruch- und – soweit Nichtstationarität wegen eines stochastischen Trends vorliegt – Kointegrationstests denkbar; vgl. etwa Westerlund, J., Testing for panel cointegration with multiple structural breaks, Oxford Bulletin of Economics and Statistics 68(1), 2006, S. 101-132.

[380] Ein stochastischer Prozess lässt sich als einen autoregressiven Prozess darstellen, wenn der Prozess nach Schocks wieder zu seinem Ursprungszustand (bzw. Erwartungswert) konvergiert. Eine solche Eigenschaft wird als Persistenz bezeichnet. Bei einem autoregressiven Prozess hängen die Realisationen des Prozesses zeitlich voneinander ab, sogenannt autokorreliert. Näheres zum heuristischen Testverfahren vgl. etwa Ashenfelter, O./Hosken, D./Weinberg, M., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, American Economic Journal: Economic Policy 5(1), 2013, S. 239-261. Die Annahme ist faktisch nicht überprüfbar, da nicht mehr alle Tarife der Fusionsparteien in der Post Merger-Integration existieren.

[381] Die sogenannte serielle Korrelation bzw. Autokorrelation führt bei statischen Regressionsmodellen zu Verzerrungen bei der Schätzung von Standardfehlern; vgl. Bertrand, M./Duflo, E./Mullainathan, S., How Much Should We Trust Differences-In-Differences Estimates?, Quarterly Journal of Economics 119(1), 2004, S. 249-275. Bei dynamischen Regressionsmodellen führt sie gar zur Inkonsistenz der Parameterschätzungen, es sei denn, die Parameter sind streng exogen; vgl. ferner Lütkepohl, H./Krätzig, M., Applied Time Series Econometrics, Cambridge 2010.

[382] Mithilfe von Cluster-Methoden werden auf Grundlage der Streuung der Daten die Untersuchungseinheiten in homogene Gruppen unterteilt, um konsistente Schätzungen sicherzustellen. Vgl. etwa Cameron, C. A./Miller, D. L., A Practitioner’s Guide to Cluster-Robust Inference, Journal of Human Resources 50(2), 2015, S. 317-373; Godfrey, L. G., Testing Against General Autoregressive and Moving Average Error Models when the Regressors Include Lagged Dependent Variables, Econometrica 46(6), 1978, S. 1293–1301; Newey, W. K/West, K. D., A Simple, Positive Semi-definite, Heteroskedasticity and Autocorrelation Consistent Covariance Matrix, Econometrica 55(3), 1987, S. 703–708.

[383] Scheinregression beschreibt allgemein einen in einer Regressionsanalyse statistisch signifikant geschätzten Zusammenhang zwischen zwei Variablen, der ausschließlich auf eine oder mehrere latente Drittvariablen zurückzuführen ist. Eine Präventivlösung stellt die Instrumentvariablen-Methode dar. Vgl. Wooldridge, J. M., Introductory Econometrics – A Modern Approach 5. Aufl., Mason (OH) 2013, S. 366 f.; 512 ff.

[384] Vgl. Abadie, A./Gardeazabal, J., The Economic Costs of Conflict: A Case Study of the Basque Country, American Economic Review 93(1), 2003, S. 112-132. Ein Stata-Programm ist zugänglich unter http://web.stanford.edu/~jhain/synthpage.html, Abruf am 31. März 2016.

tion der Mobilfunkpreise der mittel- und westeuropäischen Länder konstruiert. Für die in einer Vorauswahl bestimmten Vergleichsmärkte hat sie deren Preise sowie angebots- und nachfragespezifische Merkmale mit denen in Österreich bzw. den Niederlanden für die Pre Merger-Phase abgeglichen und so den jeweiligen Ähnlichkeitsgrad ermittelt. Je höher der Ähnlichkeitsgrad gewesen ist, desto höher die Bedeutung (bzw. das Gewicht) des Mobilfunkpreises des entsprechenden Vergleichsmarktes in der schlussendlich zu konstruierenden Kontrollgruppe. Anschließend hat sie basierend auf den zuvor ermittelten Gewichten und den Preisen der Vergleichsmärkte die kontrafaktische Entwicklung der Preise in Österreich bzw. den Niederlanden in der Post Merger-Integration berechnet. Den Nettoeffekt der jeweiligen behördlichen Entscheidung hat sie abschließend aus der Differenz des Mobilfunkpreises in Österreich bzw. den Niederlanden und dem Mobilfunkpreis der konstruierten Kontrollgruppe bestimmt.[385]

1138. Die Aussagekraft des „synthetic control“-Schätzers setzt analog zum DiD-Schätzer voraus, dass die Vergleichsmärkte sorgfältig ausgesucht werden. Es sollten nur die Vergleichsmärkte berücksichtigt werden, deren beobachtbare Merkmale einen hohen Grad an Ähnlichkeit zu denen Österreichs bzw. der Niederlande aufweisen, andernfalls könnten Risiken einer Scheinkorrelation und Überanpassung bestehen. Zur Prüfung dieser Annahme hat die Europäische Kommission ein sogenanntes Kreuzvalidierungsverfahren angewendet.[386] Ferner sollte eine „ausreichend“ hohe Anzahl an Daten für die Pre Merger-Phase zur Gewährleistung der Güte der Berechnungen der Gewichte vorliegen. Ein objektives Kriterium zur Verifizierung existiert hierfür nicht.

1139. Für die quantitativen Analysen hat die Europäische Kommission auf Daten zu Mobilfunkmärkten in Österreich, den Niederlanden sowie in 14 weiteren mittel- und zentraleuropäischen Ländern zurückgegriffen. Die z. T. auf Monatsbasis, vornehmlich auf Quartalsbasis vorliegenden Paneldaten hat sie für den Zeitraum von 2004 bis 2010 vorrangig bei Marktforschungsinstituten erhoben. Die Datensätze haben jeweils Preis- und Nutzungskomponenten zu Mobilfunktarifen für Privatkunden führender Mobilfunknetzbetreiber umfasst. Hieraus hat die Europäische Kommission für beide Studien jeweils drei auf ein unterschiedliches Datenvolumen gründende Preisindizes berechnet und diese als zu erklärende Kenngrößen in den Regressionsanalysen verwendet. Der Datensatz hat des Weiteren länderbezogene Terminierungsentgelte sowie Wachstumsraten des Bruttoinlandsproduktes, die als kosten- bzw. nachfragespezifische, zeitvariante Erklärungsgrößen in den Schätzungen verwendet worden sind, enthalten. Unternehmensbezogene Daten als weitere Erklärungsfaktoren für die Entwicklung der Mobilfunkpreise hat die Europäische Kommission in den ökonometrischen Schätzungen nicht berücksichtigt.

1140. In beiden Evaluationsstudien hat die Europäische Kommission bestimmte Daten für die Schätzungen unberücksichtigt gelassen. So hat sie für das Verfahren T-Mobile/tele.ring Daten zum zweiten Quartal 2006 und für das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands zum zweiten sowie dritten Quartal 2007 nicht verwendet. Mit Verweis auf die im April 2006 bzw. im August 2007 getroffenen Freigabeentscheidungen hätte eine jeweilige Zuordnung der Entscheidungen zur Pre Merger-Phase oder zur Post Merger-Integration nach Ansicht der Europäischen Kommission zu einer

[385] Die statistische Signifikanz des identifizierten Effektes der Behandlung kann beim „synthetic control“-Schätzer anders als beim DiD-Schätzer nicht getestet werden. Hierzu bedarf es einem weiteren, heuristischen Verfahren. Die Europäische Kommission folgte dem Ansatz von Abadie, A./Diamond, A./Hainmueller, J., Comparative Politics and the Synthetic Control Method, American Journal of Political Science 59(2), 2015, S. 495-510; Synthetic Control Methods for Comparative Case Studies: Estimating the Effect of California’s Tobacco Control Program, Journal of the American Statistical Association 105(490), 2010, S. 493-505. Im ersten Schritt hat die Europäische Kommission für jeden Vergleichsmarkt den „synthetic control“-Ansatz selbst durchgeführt und hypothetische Behandlungseffekte („Placebo-Effekte“) berechnet, wobei die restlichen Vergleichsmärkte als zu konstruierende Kontrollgruppe fungiert haben. Im zweiten Schritt hat sie für die Placebo-Effekte und dem urpsrünglich berechneten Behandlungseffekt für Österreich bzw. die Niederlande jeweils Quotienten gebildet, bestehend aus dem „Root Mean Squared Error of Prediction“ (RMSPE) für die Post Merger-Integration und dem RMSPE für die Pre Merger-Phase. Im dritten Schritt hat sie die Quotienten der Größe nach geordnet kumuliert und als empirische Verteilungsfunktion interpretiert. Je kleiner nunmehr ein Anteil bzw. eine derartige Wahrscheinlichkeit dafür gewesen sei, dass ein Quotient größer ist als der Quotient des Behandlungseffektes für Österreich bzw. die Niederlande, je wahrscheinlicher sei die Signifikanz des Behandlungseffektes gewesen.

[386] Zur Übersicht von Kreuzvalidierungsverfahren vgl. etwa Arlot, S./Celisse, A., A survey of cross-validation procedures for model selection, Statistics Surveys 4, 2010, S. 40-79. Das Risiko einer Überanpassung (“overfitting”) hätte bestehen können, wenn eine Vielzahl an Merkmalen der Vergleichsmärkte verwendet worden ist, die an sich keinen hohen Ähnlichkeitsgrad zu denen des österreichischen bzw. niederländischen Mobilfunkmarktes aufgewiesen, jedoch wegen bestehender Scheinkorrelationen einen hohen „fit“ erzeugt hätten.

Verzerrung der Ergebnisse geführt.[387] Der anhand der Daten erfasste Zeitraum der Pre Merger-Phase und der Post Merger-Integration im Verfahren T-Mobile/tele.ring hat demnach jeweils acht Quartale, im Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands vier bzw. acht Quartale betragen.

1141. Die Europäische Kommission hat für das Verfahren T-Mobile/tele.ring keine Preisanstiege in der Post Merger-Integration identifizieren können. Für das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands hat sie zwar ebenso keine Anstiege ermitteln können, jedoch seien die Preise in den Niederlanden signifikant langsamer gesunken als in den Vergleichsländern. Ihren Ausführungen nach hätte hierfür möglicherweise auch noch partiell eine Freigabeentscheidung der niederländischen Wettbewerbsbehörde zu einem früheren Fusionskontrollverfahren zum niederländischen Mobilfunkmarkt mit ursächlich gewesen sein können.[388] Eine Herausrechnung etwaiger verzerrender Preiseffekte sei ihr anhand der verwendeten quasi-experimentellen Methoden nicht möglich gewesen. Im Hinblick auf beide Evaluationsstudien hat sie abschließend auf neuralgische Punkte bei der Identifizierung der Preiseffekte hingewiesen. Eine Identifizierung hätten insbesondere die begrenzten (methodischen) Möglichkeiten zur Abstrahierung von länderspezifischen Marktereignissen erschwert, die neben den behördlichen Entscheidungen die Preise für Mobiltelefonie maßgeblich beeinflusst hätten.

7.3.3 Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form

1142. Bei Simulationen werden anders als bei quasi-experimentellen Methoden keine Kontrollgruppen festgelegt, sondern Szenarien einer kontrafaktischen Markt- und Wettbewerbssituation auf Grundlage theoretischer Modelle zur Beschreibung der Marktnachfrage und des Marktangebots anhand von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form berechnet.[389] Hierdurch können unterschiedliche Zustände – je nach Modellspezifizierung – simuliert werden. So ist es möglich zu überprüfen, inwieweit behördliche Entscheidungen samt Nebenbestimmungen eventuell zu restriktiv (Fehler Typ I) oder unzureichend ausgestaltet (Fehler Typ II) gewesen sein könnten. Ferner besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sachlich, räumlich und gegebenenfalls auch zeitlich übergreifende Marktanalysen zu betreiben. Wegen der hohen Sensitivität der Ergebnisse von Mehrgleichungsmodellanalysen bzgl. der Annahmen sind Simulationen allerdings umstritten.[390]

1143. Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) hat im März 2016 Ergebnisse zu einer von ihr durchgeführten Ex post-Evaluation eines Fusionskontrollverfahrens im Rahmen einer Sektoruntersuchung veröffentlicht.[391] Bei

---

[387] Vgl. ebenso etwa Agguzoni, L. u. a., Ex-post Merger Evaluation in the UK Retail Market for Books, Journal of Industrial Economics 64(1), 2016, S. 170-200 und Choné, P./Linnemer, L., A Treatment Effect Method for Merger Analysis with an Application to Parking Prices in Paris, Journal of Industrial Economics 60(4), 2012, S. 631-656. Mit einer Nichtberücksichtigung der Daten wird jedoch ohnehin eine Schätzverzerrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Kauf genommen; vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., Cambridge (UK) 2010, Kapitel 17. Anstelle einer Nichtberücksichtigung oder Zuordnung der entsprechenden Daten hätte ein binärer, auf den Zeitpunkt der jeweiligen behördlichen Entscheidung terminierter, Einflussfaktor in der betreffenden Regressionsanalyse berücksichtigt werden können. Hierdurch wäre die Verteilung der Daten nicht beschnitten und konsistente Parameterschätzungen weiterhin gewährleistet worden.

[388] Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat im August 2005 die Übernahme des Mobilfunknetzbetreibers Telfort durch dessen Konkurrenten KPN ohne Nebenbestimmungen freigegeben; vgl. Nma, Entscheidung vom 30. August 2005, 5104/KPN – Telfort.

[389] Eine Alternative zu Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form stellen ökonometrische Schätzungen derselbigen dar; vgl. etwa Jiménez, J. L./Perdiguero, J., Mergers and difference-in-differences estimator: Why firms do not increase prices?, European Journal of Law and Economics 25, 2014, S. 1-27.

[390] Vgl. Knittel, C. R./Metaxoglu, K., Challenges in Merger Simulation Analysis, American Economic Review Papers and Proceedings 10(1), 2011, S. 1-5; Angrist, J. D./Pischke, J. S., The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design is Taking the Con out of Econometrics, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 3-30 mit Nevo, A./Whinston, D., Taking the dogma out of econometrics: Structural modeling and credible inference, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 69-81; Einav, L./Levin, J., Empirical Industrial Organization: A Progress Report, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 145-162.

[391] Vgl. BWB, The Austrian Market for Mobile Telecommunication Services to Private Customers. An Ex-post Evaluation of the Mergers H3G/Orange and TA/Yesss!, Sectoral Inquiry BWB/AW-393, Final Report, Wien, März 2016. Zu diesem Verfahren wurden bereits anderweitig zwei Ex post-Evaluationen durchgeführt; vgl. RTR, Ex-post analysis of the merger between H3G Austria and

dem Fusionskontrollverfahren handelt es sich um das Verfahren H3G/Orange, bei dem das Zusammenschlussvorhaben österreichischer Mobilfunknetzbetreiber im Dezember 2012 von der Europäischen Kommission unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde.[392] Hieran geknüpft war die Veräußerung der zum Mobilfunknetzbetreiber Orange Austria gehörenden Marke Yesss! an die Deutsche Telekom Austria AG. Im November 2012 hat das österreichische Kartellgericht diese Übernahme ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Die BWB hatte sich in beiden Verfahren gegen eine Freigabe ausgesprochen. Mit der Ex post-Evaluation hat sie neue Erkenntnisse zum hiesigen Mobilfunkmarkt gewinnen wollen. Im Zentrum der Ex post-Evaluation hat die Identifizierung der durch den Unternehmenszusammenschluss ausgelösten Effekte auf die in Österreich landesweit geltenden Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden gestanden. Zur Untersuchung des kontrafaktischen Marktzustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die Freigabe eingestellt hätte, hat sich die BWB der Methode der Simulation bedient.

1144. Die BWB hat zunächst die Marktnachfrage privater Mobilfunkkunden modelliert und unter Verwendung von Marktdaten anhand mikroökonometrischer Methoden geschätzt.[393] Aus den Schätzungen hat sie unmittelbar (Kreuz-)Preis-elastizitäten der Nachfrage für jeden Tarif in jeder Periode ableiten können. Anschließend hat sie das von den Mobilfunknetzbetreibern bereitgestellte Marktangebot anhand eines statischen Mehrprodukt-Modells mit Bertrand-Preissetzung spezifiziert und mithilfe der geschätzten (Kreuz-)Preiselastizitäten, den beobachtbaren Preisen und Verkehrsvolumina sowie unter der Annahme nicht koordinierten Verhaltens der Marktagenten die Grenzkosten bestimmt. Die Grenzkosten im kontrafaktischen Zustand einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens hat sie ferner auf Basis von Marktdaten und anhand panelökonometrischer Methoden geschätzt. Abschließend hat sie eine Simulation des kontrafaktischen Zustands einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens unter Verwendung der zuvor ermittelten Parameter durchgeführt und Veränderungen bei den Preisen, Verkehrsvolumina und der Konsumentenrente eruiert. Den Nettoeffekt der behördlichen Entscheidung hat sie aus der Differenz des faktischen Marktpreises und des jeweils simulierten Preises bestimmt.

1145. Den Simulationen liegen eine Vielzahl an Annahmen zugrunde. So ist für die Aussagekraft wichtig, dass die Marktabgrenzung nicht zu eng erfolgt, um alle relevanten (Kreuz-)Preiselastizitäten zu erfassen. Eine zu weite Marktabgrenzung wäre hingegen tendenziell unbedeutend, da Kreuzpreiselastizitäten von null die Preise der tatsächlich (nicht) zum relevanten Markt gehörenden Marktagenten nicht beeinflussen. Bei der Verwendung des Mehrprodukt-Modells mit Bertrand-Preissetzung führt eine Reduzierung der Anzahl an Wettbewerbern im Zuge des Unternehmenszusammenschlusses per se zu Preissteigerungen in der Post Merger-Integration, sofern keine Effizienzsteigerungen bei den fusionierenden Unternehmen generiert würden.[394] Ferner ist für die Verwendung von Mehrgleichungsmodellen die Identifizierung der modellendogenen Parameter, insbesondere der Preise essenziell. Zur Sicherstellung der Parameteridentifizierung hat die BWB in ihren Schätzungen die Instrumentvariablen-Methode verwendet. Des Weiteren bieten Annahmen über die Modellierung der Marktnachfrage und des Marktangebots sowie die Bestimmung der Grenzkosten Möglichkeiten der Verifizierung.[395] Zur Verifizierung der Ergebnisse hat die BWB ferner Sensitivitätsanalysen vorgenommen.

1146. Für die Simulation hat die BWB monatliche Paneldaten zum österreichischen Mobilfunkmarkt auf Monatsbasis für den Zeitraum von 2011 bis 2014 bei den hiesigen Mobilfunknetzbetreibern erhoben. Demnach hat die Länge der

---

Orange Austria, report, Wien, März 2016; Genakos, C./Valetti, T./Verboven, F., Evaluating market consolidation in mobile communications, 2015, Centre on Regulation in Europe. Beiden Analysen zur Folge haben sich nach dem Unternehmenszusammenschluss signifikante Preissteigerungen eingestellt.

[392] EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, M.6497 – H3G/Orange.

[393] Analog zu Björnerstedt, J./Verboven, F., Merger simulation with nested logit demand, Stata Journal 14(3), 2014, S. 511-540 und Berry, S. T., Estimating discrete-choice models of product differentiation, Rand Journal of Economics 25(2), 1994, S. 242-262. Zu einer allgemeinen Übersicht möglicher Schätzmethoden vgl. etwa Budzinski, O./Ruhmer, I., Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, Journal of Competition Law and Economics 6(2), 2009, S. 277-319.

[394] Vgl. etwa Gugler, K. P./Szücs, F., Merger Externalities in oligopolistic markets, International Journal of Indstrial Organization 47, 2016, S. 230-254; Deneckere, R./Davidson, C., Incentives to form coalitions with Bertrand competition, Rand Journal of Economics 16(4), 1985, S. 473-486.

[395] Vgl. etwa Brito, D./Pereira, P./Ramalho, J. J. S., Mergers, coordinated effects and efficiency in the Portuguese non-life insurance industry, International Journal of Industrial Organization 31(5), 2013, S. 554-568; Walker, M., The potential for significant inaccuracies in merger simulation models, Journal of Competition Law and Economics 1(3), 2005, S. 473-496.

Pre Merger-Phase und Post Merger-Integration in den Simulationen jeweils zwei Jahre betragen. Der Datensatz hat zum einen Preis- und Nutzungskomponenten zu Mobilfunktarifen für Privatkunden umfasst. Unter Rückgriff auf einen bereits erstellten Preisindex und tarifbezogene Verkehrsvolumina hat sie die für die Analyse relevanten Preise bestimmt.[396] Der Datensatz hat zum anderen jeweils mehrere nachfrage- und kostenspezifische Erklärungsgrößen beinhaltet, die für die Schätzung der Marktnachfrage und der Prognose der Grenzkosten von Bedeutung gewesen sind.

1147. Die BWB hat signifikante Preisanstiege für alle Tarife in den ersten zwei Jahren der Post Merger-Integration feststellen können. Zwar hätten sich die Preise in den ersten Monaten nach dem Unternehmenszusammenschluss den Simulationsberechnungen zur Folge nur geringfügig verändert, jedoch seien sie im Laufe der Zeit umso stärker angestiegen. Wegen beobachtbaren Preissenkungen auf dem Mobilmarkt in 2015 hat die BWB auf einen nur sehr kurzen Preiserhöhungsspielraum der Mobilfunknetzbetreiber geschlossen. Den Simulationen nach sei die Konsumentenrente durch den Unternehmenszusammenschluss um einen dreistelligen Millionenbetrag gesunken.

7.3.4 Event-Studien

1148. Anders als bei quasi-experimentellen Methoden und Simulationen ist bei Event-Studien nicht der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung von Bedeutung, sondern der Zeitpunkt, an dem erstmalig Informationen über ein etwaiges Zusammenschlussvorhaben publik werden („announcement date"). Denn ein wesentliches Charakteristikum von Event-Studien ist die Analyse von Aktienkursen bzw. Aktienrenditen der Unternehmen des relevanten Marktes mit dem Ziel, eine normative Aussage zum betreffenden Zusammenschlussvorhaben auf Grundlage der Aktienkursentwicklung als Ausdruck einer (objektiven) Marktbewertung ableiten zu können. Der kontrafaktische Zustand wird bei Event-Studien durch den zeitlich relevanten Markt bestimmt. Die Herausforderung besteht nunmehr darin, zum einen den Zeitpunkt der Behandlung, d. h. den Zeitraum der Veröffentlichung zum Zusammenschlussvorhaben („event window"), und zum anderen den zeitlich relevanten Vergleichsmarkt, d. h. den Zeitraum für die Berechnung der kontrafaktischen Aktienkursverläufe, zu bestimmen. Ausgehend von einer räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung stellen die von der behördlichen Entscheidung unmittelbar und mittelbar betroffenen Unternehmen sowohl die Behandlungsgruppe wie auch die Kontrollgruppe dar.

1149. Die Durchführung einer Event-Studie setzt die Börsennotierung aller Unternehmen voraus, was deren Anwendungspotenzial für eine Ex post-Evaluation stark einschränkt. Eine Evaluation der Markt- und Wettbewerbsentwicklung in der Post Merger-Integration ist mit Event-Studien in der Form zudem nicht möglich, da der Fokus auf der Identifizierung des Kurseffektes am announcement date liegt. Die Identifizierung als solche gestaltet sich mitunter bereits schwierig, da es sich bei den betreffenden Unternehmen oftmals um global agierende Konzerne handelt, deren Marktwerte gegebenenfalls nur bedingt wegen Bekanntwerdens von Übernahmeplänen schwanken.

1150. Event-Studien sind bislang vornehmlich in wissenschaftlichen Arbeiten zur Anwendung gekommen. Der Schwerpunkt der Analysen hat weniger auf der Evaluation einzelner behördlicher Entscheidungen als vielmehr auf einer Meta-Analyse einer Vielzahl an behördlichen Entscheidungen gelegen.[397] Meistens sind Entscheidungen in der Fusionskontrolle untersucht worden. Exemplarisch haben Clougherty und Duso (2011) in ihrer Arbeit zu Fusionskontrollverfahren in Europa und den USA versucht, anhand der Profitabilitätsentwicklung der Fusionsparteien wie auch der ihrer Wett-

[396] Ausführlicher zum Preisindex vgl. Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH, Communications Report 2014, Wien, Juni 2015.

[397] Vgl. etwa Kwoka, J./Gu, C., Predicting Merger Outcomes: The Accuracy of Stock Market Event Studies, Market Structure Characteristics, and Agency Decisions, Journal of Law & Economics 58(3), 2015, S. 519-543; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B., Is the Event Study Methodology Useful for Merger Analysis? A Comparison of Stock Market and Accounting Data, International Review of Law and Economics 30, 2010, S. 186-192; Clougherty, J. A./Duso, T., The Impact of Horizontal Mergers on Rivals: Gains to Being Left Outside a Merger, Journal of Management Studies 46(8), 2009, S. 1365-1395. Zur Anwendung von Event-Studien zu Missbrauchsverfahren vgl. etwa Aguzzoni, L./Langus, G./Motta, M., The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation, Journal of Industrial Economics 61(2), 2013, S. 290-338.

bewerber Rückschlüsse auf die Wettbewerbseffekte der Unternehmenszusammenschlüsse und damit auf die Angemessenheit der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden zu ziehen.[398] Zur Spezifizierung des kontrafaktischen Zustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die Freigaben der Zusammenschlussvorhaben eingestellt hätte, haben sie auf die Methodik von Event-Studien zurückgegriffen.

1151. Dem gängigen Prozedere bei Event-Studien folgend haben Clougherty und Duso (2011) für die jeweiligen Fusionskontrollverfahren zunächst die kontrafaktischen Aktienrenditen ermittelt. Hierzu haben Sie als zeitlich relevanten Markt eine 240-tägige Handelsperiode, endend 60 Tage vor dem announcement date, gewählt, auf deren Basis sie zunächst ein Capital Asset Pricing Model (CAPM) mittels einer Einfachregression geschätzt haben.[399] Aus den Parameterschätzungen haben sie anschließend die kontrafaktischen Aktienrenditen für die fusionierenden Unternehmen und ihre Wettbewerber prognostiziert. In einem zweiten Schritt haben sie die sogenannten abnormalen Renditen bestimmt, welche sich aus der Differenz zwischen den faktischen Aktienrenditen und den kontrafaktischen Aktienrenditen ergeben und den Nettoeffekt eines Unternehmenszusammenschluss kennzeichnen. Die abnormalen Renditen haben sie zunächst für ein event window, beginnend 50 Tage vor und endend 6 Tage nach dem announcement date, für alle Unternehmen des relevanten Marktes berechnet. Anschließend haben sie die abnormalen Renditen einerseits für die fusionierenden Unternehmen und andererseits für die Wettbewerber kumuliert und entsprechend ihrer Marktwerte gewichtet.[400] In einem dritten Schritt haben sie anhand der ermittelten abnormalen Renditen die unmittelbaren Wettbewerbseffekte und Wohlfahrtseffekte der jeweiligen Zusammenschlussvorhaben kategorisiert[401]:

- Pro-kompetitiver Zusammenschluss, der womöglich auf Effizienzsteigerungen zurückzuführen ist, wenn die abnormalen Renditen der fusionierenden Unternehmen positiv, die der Wettbewerber hingegen negativ sind;
- Pro-kompetitiver Zusammenschluss, der womöglich nicht zu Synergien bei den fusionierenden Unternehmen geführt hat, wenn die abnormalen Renditen der fusionierenden Unternehmen negativ, die der Wettbewerber hingegen positiv sind;
- Anti-kompetitiver Zusammenschluss, angezeigt durch Wertverluste bei allen Unternehmen, wenn die abnormalen Renditen sowohl der fusionierenden Unternehmen wie auch die der Wettbewerber negativ sind;
- Anti-kompetitiver Zusammenschluss, der sowohl auf koordiniertes Verhalten (kollusive Effekte) wie auch auf nicht koordiniertes Verhalten (unilaterale Effekte) zurückzuführen sein könnte, wenn die abnormalen Renditen sowohl der fusionierenden Unternehmen wie auch die der Wettbewerber positiv sind.

1152. Die Aussagekraft der Event-Studie hängt von der Gültigkeit mehrerer Annahmen ab. So gründen Event-Studien auf der Effizienzmarkthypothese, nach der alle marktrelevanten Informationen in den Aktienpreisen unmittelbar bepreist werden und sich die Marktagenten stets rational verhalten.[402] Ferner muss die Länge des event window so gewählt werden, dass eine Identifizierung der durch die öffentlich gewordenen Informationen zum Zusammenschlussvorhaben ausgelösten Renditeeffekte fern anderer, zeitlich parallel auftretender Schocks sichergestellt wird.[403] Zum

---

[398] Vgl. Clougherty, J. A./Duso, T., Using rival effects to identify synergies and improve merger typologies, Strategic Organization 9(4), 2011, S. 310-335.

[399] Unter Verwendung einer Korrekturschätzung für Autokorrelation bei Nichtsynchronität von Handelsdaten; vgl. Scholes, M./Williams, J., Estimating beta from non-synchronous data, Journal of Financial Economics 5(3), 1977, S. 309-327.

[400] Orientiert an McWilliams, A./Siegel, D./Teoh, S. H., Issues in the use of the event study methodology: A critical analysis of corporate social responsibility studies, Organizational Research Methods 2(4), 1999, S. 340-365. Die statistische Signifikanz der ermittelten kumulierten abnormalen Renditen haben sie mittels eines t-Tests unter Berechnung der Standardabweichungen bestimmt.

[401] Zum Zusammenhang zwischen der Profitabilität der Wettbewerber und Veränderungen in der Konsumentenwohlfahrt vgl. Duso, T./Neven, D. J./Röller, L.-H., The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data, Journal of Law & Economics 50(3), 2007, S. 455-489.

[402] Vgl. Fama, E. F., Efficient Capital Markets, A Review of Theory and Empirical Work, Journal of Finance 25(2), 1979, S. 383–417 mit Shiller, R. J., From Efficient Markets Theory to Behavioral Finance, Journal of Economic Perspectives 17(1), 2003, S. 83-104.

[403] Vgl. etwa Haleblian, J. u. a., Taking stock of what we know about mergers and acquisitions: A review and research agenda, Journal of Management 55(2), 2009, S. 469-502 mit Oler D. K./Harrison, J. S./Allen, M. R., The danger of misinterpreting short-window event study findings in strategic management research: an empirical illustration using horizontal acquisitions, Strategic

Zwecke der Verifizierung sind in der Studie für die Europäische Kommission zusätzlich Schätzungen für ein event window mit einer merklich kürzeren Länge von drei Tagen um den announcement date vorgenommen worden. Darüber hinaus bedarf es für eine adäquate Berechnung des Fusionseffektes generell der Erfassung aller relevanter Wettbewerber bzw. einer sachverhaltsgerechten Marktabgrenzung. In der Event-Studie ist ein Datensatz verwendet worden, bei dem die relevanten Wettbewerber von der Kommission identifiziert worden waren.[404]

1153. In der Event-Studie sind 104 horizontale Unternehmenszusammenschlüsse berücksichtigt worden, die von der Europäischen Kommission im Zeitraum von 1990 bis 2002 geprüft worden waren. Davon sind bei 58 Unternehmenszusammenschlüssen sowohl ein europäisches wie auch ein anglo-amerikanisches Unternehmen und bei 46 Unternehmenszusammenschlüssen ausschließlich kontinental-europäische Unternehmen beteiligt gewesen. Es sind zum einen tagesbezogene Paneldaten zu Aktienkursen und Marktwerten der Unternehmen sowie zu sektorspezifischen Marktindizes von einer kommerziellen Datenbank verwendet worden. Zum anderen sind Informationen zu den announcement dates der jeweiligen Unternehmenszusammenschlüsse von einem kommerziellen Marktportal sowie zu den verfahrensrelevanten Wettbewerbern aus den Memoranda der Europäischen Kommission bezogen worden.

1154. Den Schätzungen zur Folge soll etwa die Hälfte aller Fusionen einen wettbewerbsförderlichen Markteinfluss gehabt haben. Hierunter seien überproportional stark Zusammenschlussvorhaben vertreten gewesen, an denen anglo-amerikanische Unternehmen involviert waren. Vornehmlich hätten diese Zusammenschlussvorhaben zu unmittelbaren Wertverlusten sowohl bei den fusionierenden Unternehmen wie auch bei deren Wettbewerber geführt und weniger das Potenzial für etwaige Effizienzsteigerungen gehabt. Vergleichsweise gering sei der Anteil der Zusammenschlussvorhaben gewesen, die von Wertverlusten bei den fusionierenden Unternehmen, jedoch von Wertsteigerungen bei den Wettbewerbern gekennzeichnet gewesen seien. Bei über einem Viertel aller betrachteten Zusammenschlussvorhaben hätten sowohl die fusionierenden Unternehmen wie auch deren Wettbewerber profitiert.

7.3.5 Marktumfragen und Interviews

1155. Bei qualitativen Evaluationsmethoden wie Marktumfragen und Interviews beruht die normative Analyse der Ex post-Evaluation anders als bei quantitativen Evaluationsmethoden nicht auf der Auswertung von Daten mithilfe von statistischen Methoden, sondern auf den subjektiven Einschätzungen befragter Unternehmensvertreter und Sachverständige. Mit Marktumfragen und Interviews besteht tendenziell die Möglichkeit, ein vergleichsweise breites Spektrum an Informationen von einer Vielzahl an Marktteilnehmern zum Einfluss der behördlichen Entscheidungspraxis auf die Markt- und Wettbewerbsentwicklung zu gewinnen und gegebenenfalls für quantitative Analysen nutzbar zu machen. Mit ihnen ist es aber wegen der Beliebigkeit subjektiver Einschätzungen prinzipiell nicht möglich, die Effekte behördlicher Entscheidungen präzise zu identifizieren. Zudem können die abgegebenen Einschätzungen aus strategischen Gründen oder aus Unkenntnis fehlerhaft sein.

1156. Das Bundeskartellamt hat im Juni 2010 Ergebnisse zu einer eigens durchgeführten Ex post-Evaluation betreffend seine 2006 erlassenen Verfügungen zu langfristigen Gaslieferverträgen veröffentlicht.[405] Die Verfügungen waren bis September 2010 befristet, weshalb der Anlass der Evaluierung zum einen in der Bedarfsprüfung einer Verlängerung der Verfügungen und zum anderen in der rechtzeitigen Informierung der hiervon betroffenen Marktteilnehmern über den künftigen kartellrechtlichen Rahmen vor Verhandlungsbeginn für das nachfolgende Gaswirtschaftsjahr bestanden hat. Wesentlicher Bestandteil der Evaluierung ist eine Marktumfrage gewesen.

1157. Zur Ermittlung der aktuellen Vertragssituation bei der Belieferung von lokalen und regionalen Weiterverteilern durch überregionale Ferngasgesellschaften hat das Bundeskartellamt im Dezember 2009 24 Ferngasunternehmen,

Organization 6(2), 2008, S. 151-184; Bergh, D. D., Executive retention and acquisition outcomes: A test of opposing views on the influence of organizational tenure, Journal of Management 27(5), 2001, S. 603-622.

[404] Gewöhnlich werden Unternehmen derselben Branche als Wettbewerber bestimmt; vgl. etwa Fee, C. E./Thomas, S., Sources of gains in horizontal mergers: evidence from customer, supplier, and rival firms', Journal of Financial Economics 74(3), 2004, S. 423-460. Insoweit weicht dies zur Fallpraxis der Kartellbehörden ab; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EU) 97/C 372/03 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

[405] Vgl. BKartA, Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen, 15. Juni 2010.

worunter sich sämtliche Adressaten der Verfügungen sowie deren engste Wettbewerber befanden haben, sowie 100 regionale und örtliche Gasverteiler befragt. Die befragten Unternehmen hatten Auskunft über den Umsatz, Absatz und Vertragsdauer ihrer Lieferverträge sowie über Einzelheiten zu den von ihnen abgegebenen Lieferangeboten zu geben. Darüber hinaus sind sie verpflichtet worden, die Entwicklung ihres Produktportfolios darzustellen.

1158. Die Aussagekraft von Marktbefragungen setzt voraus, dass eine hinreichend große Anzahl an relevanten Marktagenten und-beobachtern befragt werden und diese entsprechend teilnimmt. Dabei sollten die Fragen des Fragebogens sachverhaltsgerecht sowie verständlich gestellt sein. Darüber hinaus hängt die Aussagekraft von Marktbefragungen insbesondere von der Qualität bzw. dem Grad der Angemessenheit der Antworten der Befragten ab. Zur Qualitätssicherung können z. B. sinngemäße Wiederholungsfragen gestellt werden, um Missverständnisse oder bewusste Falschaussagen zu identifizieren. Diesbezüglich hat das Bundeskartellamt eine Plausibilitätsüberprüfung vorgenommen.

1159. Den Ergebnissen der Befragung zur Folge haben sich die wettbewerblichen Bedingungen auf der untersuchten Großhandelsebene im Ex post-Zeitraum wesentlich verbessert. Die positiven Entwicklungen hat das Bundeskartellamt auf seine damaligen Beschlüsse zum Verbot langfristiger Gaslieferverträge zurückgeführt, gleichwohl es ebenso auf einen branchenweiten Trend hingewiesen hat, der vermutlich z. T. ähnliche Markteffekte ausgelöst haben könnte. Schlussendlich hat das Bundeskartellamt keine Notwendigkeit für das Einleiten neuer Verfahren mit dem Ziel einer Verlängerung der Verfügungen gesehen.

7.4 Weitreichende Wirkungsanalysen

7.4.1 Anwendungspraxis

1160. Untersuchungen mit dem Ziel der Eruierung von in sachlicher, räumlicher sowie zeitlicher Hinsicht weitreichenden Markteffekten der behördlichen Entscheidungspraxis z. B. von sektorübergreifenden und makroökonomischen Effekten sind bislang selten und dann vornehmlich von Vertretern der Wissenschaft vorgenommen worden.[406] Nur wenige Wettbewerbsbehörden haben sich eigens mit der Analyse weitreichender Effekte ihrer Entscheidungspraxis auseinandergesetzt, eine rechtliche Verpflichtung für derartige Untersuchungen besteht nirgends.[407] Während in den von Vertretern der Wissenschaft erstellten Studien vornehmlich quantitative Evaluationsmethoden wie z. B. ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form zur Anwendung gekommen sind, sind in den von den Wettbewerbsbehörden eigens durchgeführten Analysen ausschließlich qualitative Evaluationsmethoden verwendet worden.

1161. Die Europäische Kommission hat erstmalig Ende 2015 eine Studie veröffentlicht, in der unter anderem die Langfristeffekte ihrer Entscheidungspraxis auf den europäischen Energiesektor geschätzt worden sind.[408] Trotz der Komplexität einer Identifizierung weitreichender auf behördliche Entscheidungen zurückzuführenden Effekte ist sie bestrebt, sich auch zukünftig in diesem Bereich von Ex post-Evaluationen zu engagieren.[409] Das Bundeskartellamt hat bislang keine derartigen Analysen durchgeführt, gleichwohl hat es aus seiner Sektoruntersuchung Duale Systeme und der Evaluierung seiner Beschlüsse zu Gaslieferverträgen Indizien für etwaige Langfristeffekte ableiten können.[410]

---

[406] Vgl. etwa Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 90 ff.; OECD, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, Oktober 2014, S. 22 ff.

[407] Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 19.

[408] EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, a. a. O., S. 97 ff.; vgl. Tz. 1163 ff. in diesem Gutachten.

[409] Vgl. EU-Kommission, Competition policy brief 4, Ex post evaluation of competition policy enforcement, a. a. O., S. 6.

[410] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme, Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O.; Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen, a. a. O.

7.4.2 Ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form

1162. Analysen zu Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form unterscheiden sich allgemein von denen zu Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form dahin gehend, dass nicht eine Vielzahl an interdependenten Zusammenhängen durch Schätzungen von simultanen Gleichungssystemen, sondern an kausalen Zusammenhängen durch separate Schätzungen einzelner Gleichungen eruiert werden. Dies führt zwar vergleichsweise methodisch und interpretatorisch zu Vereinfachungen, allerdings können anhand der Ergebnisse mitunter keine holistischen, modellrahmenbezogenen Aussagen getroffen werden.[411] Beiden Methoden gemein ist hingegen ein zugrunde liegender theoretischer Ansatz zur Beschreibung der entsprechenden strukturellen Zusammenhänge.

1163. Im November 2015 hat die Europäische Kommission eine Studie veröffentlicht, deren Ziel es unter anderem war, die Langfristeffekte ihrer Entscheidungspraxis auf den europäischen Energiesektor zu quantifizieren.[412] Im Fokus hat dabei die durch ihre Entscheidungen ausgelösten Veränderungen auf die Wettbewerbsintensität der europäischen Energiemärkte sowie das Investitionsvolumen und die Produktivitätsentwicklung europäischer Energieunternehmen gestanden. Hierfür sind ökonometrische Schätzungen zu einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form vorgenommen worden. Die Studie hat die Europäische Kommission von Vertretern der Wissenschaft erstellen lassen.

1164. Die ökonometrischen Schätzungen zu einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form setzen qua Definition eine theoretische Fundierung voraus. In der vorliegenden Studie ist unterstellt worden, dass die Entscheidungen der Europäischen Kommission einen unmittelbaren, stimulierenden Einfluss auf die Wettbewerbsintensität auf den Energiemärkten ausgeübt haben.[413] Eine erhöhte Wettbewerbsintensität habe wiederum die operativen und strategischen Entscheidungen der Energieunternehmen beeinflusst, z. B. kurzfristig bei der Preissetzung, mittelfristig bei der Energieförderung und langfristig bei der Innovationskraft.[414] Eine hohe Innovationskraft habe vor allem auf einer hohen Investitionstätigkeit der Unternehmen als Folge einer erhöhten Wettbewerbsintensität beruht, wodurch Produktivitätspotenziale gehoben worden seien.[415] Mit Schätzungen von einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form ist es daher prinzipiell möglich gewesen, insbesondere den Effekt von Kartellrechtsentscheidungen der Europäischen Kommission auf die Wettbewerbsintensität, das Investitionsvolumen und das Produktivitätsniveau europäischer Energiemärkte zu schätzen und auf statistische Signifikanz hin zu überprüfen.

1165. Die Validität der Schätzungen von einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form setzt allgemein – wie nahezu für alle Regressionsanalysen – voraus, dass keine Schätzverzerrungen aufgrund einer unzureichenden Parameteridentifikation aufgetreten sind. Eine unzureichende Parameteridentifikation rührt von dem Problem der Endogenität her, das zu Scheinregressionen führen kann. Das Problem der Endogenität kann bei Messfehlern („errors-in-variables“), Nichtberücksichtigung relevanter Erklärungsgrößen in den Regressionsanalysen („omitted variable bias“) sowie bei Interdependenzen zwischen Erklärungsgrößen wie z. B. den Entscheidungen der Europäischen Kommission und den zu erklärenden Kenngrößen wie z. B. der Wettbewerbsintensität, dem Investitionsvolumen sowie dem Produktivitätsniveau („simultaneity bias/reverse causation“) entstehen. Zur Vermeidung eines simultaneity bias sind in der betreffenden Untersuchung für die Europäische Kommission alle wettbewerbspolitischen Erklärungsgrößen als zeitlich verzögerte Erklärungsgrößen spezifiziert worden. Zur Vermeidung eines omitted variable bias sind in den Schätzungen

---

411 Ausführlicher vgl. etwa Wooldridge, J. M., Introductory Econometrics – A Modern Approach 5. Aufl., a. a. O., S. 554 f.

412 EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, a. a. O., S. 97 ff.

413 EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 86 ff.

414 Vgl. etwa Aghion, P./Schankerman, M., On the Welfare Effects and Political Economy of Competition-Enhancing Policies, Economic Journal 114 (October), 2004, S. 800-824.

415 Vgl. Holmes, T./Schmitz, J., Competition and Productivity: A Review of Evidence, Annual Review of Economics 2, 2010, S. 619-624. Darüber hinaus hätten Entscheidungen der Europäischen Kommission auch Externalitäten auf Annex-Märkten sowie Abschreckungseffekte zu kartellrechtswidrigem Unternehmensverhalten auslösen können; etwa Buccirossi, P. u. a., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, Review of Economics and Statistics 95(4), 2013, S. 1324-1336.

zudem eine Vielzahl der von der empirischen Literatur empfohlenen Erklärungsgrößen sowie binäre Erklärungsgrößen als zeitinvariante unbeobachtbare Erklärungsgrößen berücksichtigt worden.[416]

1166. Für die ökonometrischen Schätzungen sind Paneldaten unterschiedlichen Aggregationsniveaus für den Zeitraum von 2005 bis 2013 von einer Vielzahl an Datenquellen verwendet worden. Während für die Berechnungen der drei zu erklärenden Kenngrößen Wettbewerbsintensität, Investitionsniveau und Produktivitätsniveau firmenspezifische Daten von einer kommerziellen Datenbank erhoben worden sind, sind für alle Erklärungsgrößen auf länderspezifische Daten der Europäischen Kommission sowie anderer supranationaler Institutionen wie der OECD und Weltbank zurückgegriffen worden. Zur Bestimmung der Wettbewerbsintensität sind zum einen der Boone-Indikator[417], zum anderen ein Streuungsmaß für die Produktivitätsentwicklung ausgewählt worden. Das Investitionsvolumen ist aus der ersten Differenz der Bilanzsummen und das Produktivitätsniveau aus der Schätzung einer Produktionsfunktion abgeleitet worden. Zudem sind vier Indikatoren, welche die Effektivität der Wettbewerbskontrolle der Europäischen Kommission reflektieren sollen, aus Informationen zu 200 Fusionskontrollverfahren, 16 Missbrauchsverfahren, einem Kartellverfahren sowie 203 Beihilfeverfahren betreffend die europäischen Energiemärkte gebildet worden.[418]

1167. Den Schätzungen zur Folge haben die Entscheidungen der Europäischen Kommission in Fusionskontrollverfahren einen wettbewerbsfördernden Impuls in vergleichsweise weniger stark regulierten Ländern ausgelöst. Entscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren hätten hingegen in stärker regulierten Ländern einen wettbewerbshemmenden Effekt induziert. Hierzu in Teilen konsistent sind die Ergebnisse zum Investitionsvolumen. Danach sei das Investitionsvolumen in weniger stark regulierten Ländern durch die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission zwar gestiegen, jedoch durch deren Entscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren tendenziell gesunken. Für stärker regulierte Länder seien hingegen Indizien für einen investitionssteigernden Effekt durch die die Kartell- und Missbrauchsverfahren festgestellt worden. Ferner hätten die Fusionskontrollverfahren eine produktivitätssteigernde Wirkung in weniger stark regulierten Ländern entfaltet. Aus den Ergebnissen der Regressionsanalysen ist folgender Kaskadeneffekt geschlossen worden: Die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zur Fusionskontrolle hat zunächst den Wettbewerbsdruck auf den europäischen Energiemärkten erhöht, was Investitionen der Energieunternehmen nach sich gezogen hat, wodurch schlussendlich Produktivitätssteigerungen generiert worden sind. Bei den Ausführungen zu den Ergebnissen ist zugleich einschränkend auf potenzielle Schätzverzerrungen wegen einer möglicherweise unzureichenden Parameteridentifikation hingewiesen worden. Die Ergebnisse seien demnach als Indizien für eine starke Korrelation und weniger für eine Kausalität zwischen der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und den Markt- und Wettbewerbsentwicklungen zu interpretieren.

7.5 Würdigung und Handlungsempfehlungen

1168. Im Bereich der Wettbewerbspolitik sieht die Monopolkommission Ex post-Evaluationen zum einen als ein Instrument zur Verbesserung der Durchsetzung kartellrechtlicher Vorschriften durch Wettbewerbsbehörden an.[419] Ihrer Ansicht nach können insbesondere mit entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen Lerneffekte generiert und somit die Entscheidungspraxis effektiviert werden, zugleich kann die Wirkung einer (nunmehr) effektiven Wettbewerbskontrolle erhöht werden.[420] Zum anderen können Ex post-Evaluationen nach Auffassung der Monopolkommission zur Verbesserung des Kartellrechts selbst eingesetzt werden. Aus einer Auswertung einer Vielzahl an kartellrechtlichen

[416] Vgl. Grajek, M./Röller, L.-H., Regulation and investment in network industries: Evidence from European telecoms, Journal of Law & Economics 55(1), 2012, S. 189-216; Alesina, A. u. a., Regulation and investment, Journal of the European Economic Association 3(4), 2005, S. 791-825.

[417] Vgl. Boone, J., A New Way to Measure Competition, Economic Journal 118(531), 2008, S. 1245-1261.

[418] Analog etwa zu Clougherty, J. A./Seldeslachts, J., The Deterrence Effects of US Merger Policy Instruments, Journal of Law, Economics and Organization 29(5), 2013, S. 1114-1144.

[419] Der wissenschaftliche Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie hat sich ausdrücklich für eine vermehrte Evaluierung wirtschaftspolitischer Maßnahmen ausgesprochen; vgl. Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 20. September 2013.

[420] Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1101 f.

Entscheidungen in einem bestimmten Zeitraum können Rückschlüsse auf die Wirksamkeit der institutionellen Rahmenbedingungen gezogen werden. Besonders mit Blick auf die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen können Gegenüberstellungen von Ex post-Evaluationen, die sich jeweils auf kartellrechtliche Entscheidungen verschiedener nationaler Wettbewerbsbehörden beziehen, die Möglichkeit zu Rechtsvergleichen bieten. Die Monopolkommission verweist beispielhaft auf die Europäische Kommission, die sich für Ex post-Evaluationen von kartellrechtlichen Bestimmungen im Zuge geplanter Reformen ausspricht.[421]

1169. Diese Vorteile überwiegen nach Auffassung der Monopolkommission mögliche Nachteile von Ex post-Evaluationen. Eine erhebliche Gefahr von Reputationsverlusten für die betroffenen Wettbewerbsbehörden sowie von Schadensersatzklagen sieht die Monopolkommission nicht. Denn sofern im Rahmen einer Ex post-Evaluation negative Auswirkungen von behördlichen Entscheidungen festgestellt werden, lässt sich daraus nicht zwangsläufig auf einen Fehler im behördlichen Verfahren schließen. Wegen den möglicherweise unterschiedlichen Informationen über die Markt- und Wettbewerbsentwicklung, die zu den jeweiligen Bewertungszeitpunkten vorgelegen haben, kann sich durchaus die im Vorhinein als rechtmäßig angenommene Entscheidung im Nachhinein als unangemessen herausstellen.

1170. Die Monopolkommission begrüßt die stärkere Einbindung von Ex post-Evaluationen in die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission. Die bisher eigens durchgeführten sowie in Auftrag gegebenen Ex post-Evaluationen können ungeachtet der konkreten Evaluationsergebnisse zu einer Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und des europäischen Rechtsrahmens beitragen. Besonders positiv hebt die Monopolkommission das Engagement der Europäischen Kommission und der OECD der letzten Jahre in Sachen Ex post-Evaluationen hervor. Mit der Veröffentlichung umfassender Praxisberichte und der Veranstaltung von Workshops unterstützen sie die Wettbewerbsbehörden proaktiv bei der Konzeption und Durchführung von Ex post-Evaluationen. Dass die ICN hingegen entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen neuerdings nicht mehr als Projekt in ihren 3-Jahres-Arbeitsplänen führt, nimmt die Monopolkommission mit Bedauern zur Kenntnis. Gerade weil die Wettbewerbsbehörden bislang wenig Erfahrungen mit derartigen Analysen gesammelt haben, hätte sich das ICN umso stärker zugunsten von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen aussprechen können, um Lernprozesse bei der Anwendung und damit die Akzeptanz von Ex post-Evaluationen bei den Behörden zu fördern.

1171. Auf nationaler Ebene hält die Monopolkommission eine systematische Durchführung insbesondere von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen vonseiten des Bundeskartellamtes zur Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verbesserung des Kartellrechts grundsätzlich für geboten. Die Monopolkommission verkennt dabei nicht, dass die Durchführung von Ex post-Evaluationen vor allem wegen der Anwendung komplexer statistischer Methoden und der gewöhnlich aufwendigen Datenbeschaffung äußerst ressourcenintensiv ist. Sie anerkennt die bisherige Evaluationspraxis des Bundeskartellamtes und begrüßt dessen Bestrebung, sich zukünftig mit erhöhter Aufmerksamkeit vertieften Ex post-Evaluationen widmen zu wollen.[422] Nach Auffassung der Monopolkommission sollten bei Ex post-Evaluationen zum Zwecke einer Identifizierung der relevanten Markt- und Wettbewerbseffekte primär quantitative Methoden und sekundär qualitative Methoden verwendet werden. Im Hinblick auf eine effiziente Verwendung behördlicher Ressourcen können entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen beispielsweise im Rahmen von Sektoruntersuchungen gemäß § 32e GWB durchgeführt werden.

1172. Im Hinblick auf die Frage, wer die Evaluation durchführen sollte, kommen neben dem Bundeskartellamt auch verfahrensfremde Einrichtungen in Betracht. Für eine Eigenevaluation der Entscheidungen durch das Bundeskartellamt spricht insbesondere der auf gesetzliche Auskunftsrechte bei den Unternehmen basierte Zugang zu den notwendigen Informationen. Dagegen könnte sprechen, dass die Gefahr einer Befangenheit bei der Auswahl der zu evaluierenden Behördenentscheidungen besteht. Soweit verfahrensfremde, wissenschaftliche Einrichtungen mit der Durchführung von Ex post-Evaluationen von Entscheidungen des Bundeskartellamtes betraut würden, müsste ihnen gegebenenfalls Akteneinsicht und damit der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährt werden, ohne dass

[421] Vgl. EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 36 f.: "The application of competition rules is based on notices, guidelines and regulations that need to be revised periodically. Any policy reform should include an ex-post assessment of existing regulations before options for reform are considered."

[422] Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 44.

eine gesetzliche Vertraulichkeitsregelung existiert.[423] Aber auch verfahrensfremde Einrichtungen können prinzipiell einer Befangenheit dahin gehend unterliegen, dass sie etwa mit Blick auf die Akquise von Folgeaufträgen Evaluationsergebnisse tendenziell im Sinne der Auftraggeber – etwa der Wettbewerbsbehörden, deren Entscheidungen es zu evaluieren gilt – ermitteln. Ungeachtet dessen besteht bei Ex post-Evaluationen spezifischer Entscheidungen oftmals explizit der Bedarf an einer Erhebung von nicht öffentlich zugänglichen Unternehmensdaten zum Ex post-Zeitraum. Über entsprechende Auskunftsbefugnisse verfügt ausschließlich das Bundeskartellamt. In diesen Fällen könnte eine Kooperation zwischen dem Bundeskartellamt und der evaluierenden Einrichtung zur Nutzung der Auskunftsbefugnisse des Amtes eingegangen werden. Sofern das Bundeskartellamt Eigenevaluationen vornimmt, ist zu empfehlen, dass die Evaluation von einer verfahrensfremden Einrichtung begleitet und vor einer Veröffentlichung begutachtet wird.

1173. Zur Identifizierung der auf die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde zurückzuführenden Markt- und Wettbewerbseffekte bedarf es einer Erfassung möglichst aller relevanten kontemporären Einflussfaktoren. Die Aussagekraft von Ex post-Evaluationen ist somit stets von der Datenqualität und-quantität abhängig. Demnach erscheinen vor allem behördliche Entscheidungen zu Märkten bzw. Sektoren für Ex post-Evaluationen geeignet, die einen vergleichsweise hohen Homogenitätsgrad und oligopolistische Marktstrukturen aufweisen. Das Anwendungsspektrum von Ex post-Evaluationen erstreckt sich auf alle Verfahrensbereiche des Kartellrechts, auch wenn bislang überwiegend behördliche Entscheidungen zu Fusionskontrollverfahren nachträglich überprüft worden sind. An die Durchführung von Ex post-Evaluationen ist immer auch die Wahl der Evaluationsmethode geknüpft. Es bietet sich aus Gründen der Falsifizierung an, mehr als nur eine Evaluationsmethode zu verwenden. Nahezu alle in diesem Kapitel vorgestellten Evaluationsmethoden können unter Berücksichtigung ihrer Vor- und Nachteile auf alle Kartellrechtsbereiche sowohl für markt- bzw. sektorbezogene wie auch für weitreichende Wirkungsanalysen angewendet werden. Eine Ausnahme bilden zumindest Event-Studien auf Grundlage von Kapitalmarktdaten. Auch wenn sie als eine Evaluationsmethode für Ex post-Analysen firmieren, scheinen sie vielmehr geeignet zu sein als eine Evaluationsmethode für Ex ante-Analysen der Wettbewerbsbehörden etwa zur Prognose der zu erwartenden Wettbewerbseffekte von Zusammenschlussvorhaben börsennotierter Unternehmen.[424] Gegebenenfalls können mithilfe von Event-Studien Indizien für Effizienzvorteile i. S. v. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB gewonnen werden.

---

[423] Vgl. ferner Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 364 ff.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 160 ff.

[424] In die Unternehmensbewertung der Kapitalmarktanalysten und damit in die Aktienkurse fließen deren Erwartungen über die mögliche Entscheidung der Wettbewerbsbehörde (Freigabe, Freigabe mit Nebenbestimmungen, Untersagung) unter Berücksichtigung des Einflusses ihrer Unternehmensbewertung auf die behördliche Entscheidung ein. Die Erwartungsbildung der Analysten umfasst u. a. die Schätzung der Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten der verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörde (Freigabe, Freigabe mit Nebenbestimmungen, Untersagung) sowie die Abschätzung des langfristigen Einflusses der Wettbewerbsentwicklung im Zuge einer Freigabe (mit oder ohne Nebenbestimmungen) auf die Entwicklung der Fusionsparteien und deren Wettbewerber. Da Event-Studien lediglich eine potenzielle Methode für Ex ante-Analysen darstellen und die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheidungen orientiert am geltenden Kartellrecht und den jeweiligen verfahrensgegenständlichen Sachverhalt diskretionär treffen, erscheint das systematische Risiko einer strategischen Fehlbewertung der Zusammenschlussvorhaben der Kapitalmarktanalysten gering.

Kapitel V
Digitale Märkte: Sharing Economy und FinTechs

Kurz gefasst

Die Digitalisierung der Wirtschaft stellt weiterhin einen aktuellen Schwerpunkt der Wettbewerbspolitik dar. Die Monopolkommission hat sich mit den Herausforderungen der Digitalisierung für die Wettbewerbspolitik bereits in ihrem Sondergutachten 68 intensiv befasst. Vorliegend erweitert sie ihre wettbewerbspolitische Würdigung zum einen um Fragen der gemeinsamen Nutzung von Wirtschaftsgütern (Sharing Economy). Zum anderen nimmt sie in Ergänzung zum Sonderkapitel zum Wettbewerb auf den Finanzmärkten im Zwanzigsten Hauptgutachten Stellung zur Digitalisierung auf den Finanzmärkten.

Sharing Economy

Kern der Sharing Economy sind digitale Vermittlungsplattformen, über die temporäre Nutzungsrechte vermarktet bzw. eine gemeinsame, häufig sequenzielle Nutzung von Gütern oder Dienstleistungen ermöglicht wird. Von besonderer Relevanz sind P2P-Dienste, welche es Privatpersonen ermöglichen, Güter oder Dienstleistungen kommerziell anzubieten. Der Markteintritt von P2P-Diensten führt in den betroffenen Wirtschaftsbereichen zu einer erhöhten Wettbewerbsintensität und kann zu Preissenkungen, Qualitätssteigerungen sowie einer höheren Angebotsvielfalt beitragen.

Aus Wettbewerbssicht gilt es, Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen und neuen Anbietern aufgrund einer asymmetrischen Regulierung zu vermeiden. Hierzu sollte zum einen ein geeigneter Ordnungsrahmen für Anbieter auf P2P-Diensten geschaffen werden, welcher der Art und dem Umfang der Tätigkeit Rechnung trägt. Zum anderen sollten die Regulierung traditioneller Anbieter überprüft und gegebenenfalls nicht mehr notwendige Vorschriften überarbeitet werden. Eine unverhältnismäßige Einschränkung von nur gelegentlichen Tätigkeiten auf P2P-Diensten durch überschießende Regulierungen sollte vermieden werden.

Im Fokus der öffentlichen Diskussion stehen zurzeit vor allem Vermittlungsdienste für Privatfahrer, auf denen Privatpersonen entgeltliche Personenbeförderung mit ihrem eigenen Pkw anbieten, sowie Vermittlungsdienste für die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist von einem Verbot solcher Dienste oder sehr restriktiven Beschränkungen abzuraten. Stattdessen sollten durch eine angemessene Regulierung potenzielle Sicherheitsrisiken adressiert und Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu traditionellen Anbietern vermieden werden.

Digitalisierung auf den Finanzmärkten

Das Internet erleichtert es dem Kunden vor allem bei standardisierbaren Finanzdienstleistungen im Privatkundengeschäft, alternative Angebote und Informationsdienste zu finden und Produkte eigenständig zu vergleichen. Die Information über das Internet führt dabei nicht nur zu informierteren Entscheidungen der Kunden, sondern verändert in gravierender Weise zugleich das Verhältnis zwischen Kunden und Anbietern von Finanzprodukten: Zum einen reduzieren sich bisherige vertrauensbasierte Bindungen an einzelne Produktanbieter, zum anderen erhöhen sich die Verhaltensspielräume für die Kunden.

Der Umstand, dass die herkömmlichen Finanzdienstleister auf die Marktentwicklungen mit Verzögerungen reagiert haben, dürfte es neuen Anbietern ermöglicht haben, mit Alternativangeboten in den Markt zu kommen: So haben Direktbanken bei der Erbringung von Bankdienstleistungen Kunden mit dem Angebot für sich gewinnen können, Finanzgeschäfte direkt online und ohne den Umweg über eine Filiale abzuwickeln. Sogenannte Finanztechnologieunternehmen (FinTechs) haben begonnen, einzelne Finanzdienstleistungen auf Kundenbedürfnisse hin zu optimieren. Mittlerweile optimieren FinTechs einer neuen Generation speziell die digitale Schnittstelle zum Kunden und vereinfachen es, sich Finanzdienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern nach Bedarf zusammenzustellen.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist neben einem Verständnis der Marktentwicklung vor allem die Frage von Interesse, inwiefern die gesetzliche und behördliche Regulierung anzupassen ist, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Eingriffe in den Markt sollten grundsätzlich nur zur Verbesserung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen erfolgen und nicht etwa, um einzelne Marktteilnehmer, die eine rechtzeitige Anpassung an Marktveränderungen versäumen, gegen derartige Veränderungen zu schützen. Die in diesem Abschnitt vorgelegten Empfehlungen zielen darauf ab, eine ausgewogene und innovationsfreundliche Regulierung digital erbrachter Finanzdienste zu erreichen.

Digitale Märkte: Sharing Economy und FinTechs

1 Einleitung

1174. Die digitalen Märkte stellen weiter einen Schwerpunkt der Wettbewerbspolitik dar. Im Rahmen der vom Europäischen Rat verabschiedeten Strategie Europa 2020 hat sich die Europäische Kommission eine Digitale Agenda gegeben, durch die unter anderem die Entwicklung eines digitalen Binnenmarktes gestärkt werden soll.[1] Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat eine Digitale Strategie 2025 vorgestellt, auf deren Basis die Digitalisierung in Deutschland vorangetrieben werden soll.[2]

1175. Die Monopolkommission hat sich ihrerseits wiederholt mit dem Wettbewerb bei digitalen Diensten auseinandergesetzt.[3] Eine besondere Beachtung hat ihr Sondergutachten 68 gefunden, in dem sie insbesondere Wettbewerbsfragen untersucht hatte, die sich bei Plattformdiensten stellen.[4] Die Empfehlungen dieses Sondergutachtens sind in die parlamentarische Arbeit und in die Digitale Strategie 2025 des Bundeswirtschaftsministeriums eingeflossen. Die Empfehlungen zu den Wettbewerbsregeln sollen im Rahmen der anstehenden 9. GWB-Novelle umgesetzt werden.[5] Das Bundeskartellamt hat im Nachgang zu dem Sondergutachten 68 einzelne von der Monopolkommission untersuchte Aspekte zu Zwecken der behördlichen Fallpraxis weiter untersucht.[6] Ebenfalls im Nachgang geht es in einem Verfahren gegen Facebook einem möglichen Marktmachtmissbrauch durch datenschutzrechtliche Rechtsbrüche nach.[7] Schließlich hat das britische House of Lords einen Bericht zu Online-Plattformen und dem digitalen Binnenmarkt erstellt, bei dessen Vorbereitung die Monopolkommission förmlich angehört worden ist.[8]

1176. Im vorliegenden Hauptgutachten erweitert die Monopolkommission ihre wettbewerbspolitische Würdigung digitaler Märkte, indem sie sich mit Fragen der gemeinsamen Nutzung von Wirtschaftsgütern (Sharing Economy) auseinandersetzt (Abschnitt 2). In Ergänzung zu dem Sonderkapitel zum Wettbewerb auf den Finanzmärkten im Zwanzigsten Hauptgutachten nimmt sie außerdem zur Digitalisierung auf den Finanzmärkten Stellung (Abschnitt 3). Dabei geht sie auch in diesem Zusammenhang auf Geschäftsmodelle der Sharing Economy ein (sog. Crowd Finance).

2 Sharing Economy

1177. Die zunehmende Digitalisierung beeinflusst immer mehr Bereiche des Wirtschaftslebens. Ein wichtiger Trend in diesem Zusammenhang ist die Entwicklung der sogenannten Sharing Economy, welche alternativ und je nach Schwerpunktsetzung unter anderem auch als Collaborative Economy, Peer-to-Peer Economy oder Demand Economy bezeichnet wird.[9] Eine einheitliche Definition der Sharing Economy existiert bislang nicht, ihr Grundkonzept wird allerdings

---

[1] Dazu siehe EU-Kommission, https://ec.europa.eu/digital-single-market/, Abruf am 4. Juli 2016.

[2] BMWi, Digitale Strategie 2025, https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/digitale-strategie-2025,property=pdf, bereich=bmwi2012,sprache=de, rwb=true.pdf, Abruf am 4. Juli 2016.

[3] Siehe insbesondere Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 1 ff. (zu Plattformdiensten und der Nutzung von Daten); XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor, Baden-Baden 2006, Tz. 838 ff. (zum digitalen Rundfunk); XIV. Hauptgutachten, Netzwettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2002, 331 (Internet als wettbewerbspolitische Herausforderung); XIII. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Baden-Baden 2000, Tz. 71 ff. (wettbewerbspolitische Probleme des Internet), sowie die Sondergutachten zur Telekommunikation.

[4] Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015.

[5] Zur GWB-Novelle siehe Kapitel I, Tz. 1 ff. in diesem Gutachten.

[6] Siehe BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 9. Juni 2016; Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, Gemeinsames Papier vom 10. Mai 2016.

[7] BKartA, Pressemitteilung vom 1. März 2016; siehe zur Problematik zuvor Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 514 ff.

[8] House of Lords, Select Committee on European Union, Online Platforms and the Digital Single Market, 10th Report of Session 2015–16, http://www.parliament.uk/online-platforms, Abruf am 4. Juli 2016.

[9] Vgl. z. B. Belk, R., You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online, Journal of Business Research 67, 2014, S. 1595-1600; EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen

häufig unter dem Schlagwort „Teilen statt Besitzen“ zusammengefasst. Im Vordergrund steht demnach nicht das Eigentum an, sondern die Möglichkeit des Zugangs zu Gütern.

1178. Der Sharing Economy werden teilweise sehr unterschiedliche Geschäftsmodelle zugeordnet, welche sich unter anderem anhand der involvierten Nutzerschaft, der Entgeltlichkeit des Angebots sowie der Form der Preissetzung unterscheiden lassen. Der Fokus der öffentlichen Diskussion liegt vor allem auf kommerziellen P2P-Diensten (peer-to-peer). Hierbei handelt es sich um digitale Vermittlungsplattformen, auf denen Privatpersonen unterschiedliche private Güter und Dienstleistungen zur kurzfristigen temporären Nutzung gegen Entgelt anbieten bzw. erwerben können. Aus ökonomischer Sicht werden in diesen Fällen keine Güter bzw. Dienstleistungen im eigentlichen Wortsinne geteilt, sondern temporäre Nutzungsrechte zur häufig sequenziellen Nutzung gehandelt und vergeben.[10] Viele der Sharing Economy zuordenbare Geschäftsmodelle unterscheiden sich insofern nur wenig vom traditionellen Mieten und Vermieten von Gütern oder auch klassischen Freundschaftsdiensten. Neu ist vor allem, dass durch digitale Vermittlungsplattformen die Interaktion zwischen Privatpersonen, die an einer gemeinsamen Nutzung von Gütern oder Dienstleistungen interessiert sind, in einem beträchtlichen Umfang vereinfacht wird. Dies führt dazu, dass nunmehr auch solche Transaktionen möglich sind, welche vormals aufgrund von hohen Transaktionskosten, insbesondere hohen Suchkosten, gescheitert wären.

1179. Die Entwicklung der Sharing Economy ist nicht unumstritten, ihre Vor- und Nachteile werden in der Öffentlichkeit teilweise kontrovers diskutiert. Ihre Befürworter verweisen vor allem auf Aspekte wie flexiblere und selbstbestimmte Arbeitszeiten, zusätzliche Einkommensmöglichkeiten und nicht zuletzt eine erhöhte Nachhaltigkeit durch eine intensivere Nutzung von Ressourcen.[11] Kritiker weisen hingegen auf mögliche Gefahren für reguläre Beschäftigungsverhältnisse hin und befürchten die Entstehung eines neuen Tagelöhnertums bzw. Prekariats.[12] Zudem sehen sie die Gefahr einer Totalkommerzialisierung des Alltags, etwa wenn vormals unentgeltlich erbrachte Freundschaftsdienste nunmehr kostenpflichtig angeboten werden.

1180. Ungeachtet solcher Kritik wird Geschäftsmodellen, die auf dem Konzept des „Teilens“ bzw. der gemeinsamen Nutzung von Gütern und Dienstleistungen basieren, ein hohes Marktpotenzial bescheinigt. So prognostiziert etwa eine Studie von PwC, dass allein die weltweiten Erlöse von Sharing Economy-Diensten aus den Bereichen Unterkünfte, Carsharing, Finanzen, Musik- und Videostreaming sowie „Staffing“ von ca. USD 15 Mrd. im Jahr 2015 auf ca. USD 335 Mrd. im Jahr 2025 ansteigen werden.[13] Für die Europäische Union kommt eine Studie im Auftrag der Europäischen Kommission zu dem Ergebnis, dass im Jahr 2015 kollaborative Plattformen[14] in den fünf Schlüsselbereichen Unterkünfte (Kurzzeitvermietung), Personenbeförderung, Dienstleistungen für private Haushalte, freiberufliche und technische Dienstleistungen sowie Schwarmfinanzierung (Crowdfunding) Einnahmen in Höhe von ca. EUR 3,6 Mrd. erzielten, gegenüber ca. EUR 1,8 Mrd. in 2014 und ca. EUR 1 Mrd. in 2013.[15] Der Bruttoumsatz der über diese Plattformen

---

Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 02. Juni 2016, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, COM(2016) 356 final.

[10] Im Gegensatz zu öffentlichen Gütern, Club- oder Allmendegütern besteht bei den angebotenen privaten Gütern eine Rivalität im Konsum sowie die Möglichkeit zur Ausschließbarkeit. Vgl. Peitz, M./Schwalbe, U., Zwischen Sozialromantik und Neoliberalismus – zur Ökonomie der Sharing-Economy, ZEW Discussion Paper No. 16-033, S. 9.

[11] Vgl. Florian, D., Gegen Bevormundung. Caring Economy statt Sharing Economy?, http://www.gruenderszene.de/allgemein/sharing-economy-gesetz-debatte, Abruf am 5. April 2016.

[12] Vgl. etwa Slee, T., Deins ist meins. Die unbequemen Wahrheiten der Sharing Economy, 2016.

[13] Vgl. PwC, The Sharing Economy, Consumer Intelligence Series, 2015, S. 14.

[14] Die Begriffe Sharing Economy und kollaborative Wirtschaft werden häufig synonym verwendet. Die Europäische Kommission verwendet den Begriff „kollaborative Wirtschaft“ für „Geschäftsmodelle, bei denen Tätigkeiten durch kollaborative Plattformen ermöglicht werden, die einen offenen Markt für die vorübergehende Nutzung von Waren oder Dienstleistungen schaffen, welche häufig von Privatpersonen angeboten werden.“ Siehe EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 02. Juni 2016, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, a. a. O., S. 3.

[15] Vg. PwC, Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe, Studie im Auftrag von DG Growth, April 2016, S. 7. Siehe hierzu auch EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 02. Juni 2016, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, a. a. O., S. 2.

erfolgten Transaktionen wird auf ca. EUR 28,1 Mrd. in 2015 geschätzt, im Vergleich zu ca. EUR 15,9 Mrd. in 2014 und ca. EUR 10,2 Mrd. in 2013. Durch eine bessere Nutzung bisher wenig genutzter Ressourcen könnte die EU-Wirtschaft Schätzungen zufolge um bis zu EUR 18 Mrd. in der kurzen Frist bzw. EUR 134 Mrd. in der mittleren bis langen Frist wachsen.[16] Für Deutschland zeigt eine Erhebung aus dem Jahr 2015, dass 46 Prozent der Befragten bereits mindestens einmal ein Angebot von Sharing Economy-Diensten aus den Bereichen Hotel und Gastronomie, Automobil und Transport, Handel und Konsumgüter, Dienstleistungen, Finanzen oder Medien genutzt haben und 64 Prozent dies für die nächsten zwei Jahre planen. In manchen dieser Bereiche werde sich die Nachfrage in diesem Zeitraum nahezu verdoppeln. Gleichzeitig steige die Bereitschaft auf Sharing Economy-Diensten Güter oder Dienstleistungen anzubieten. Demnach hätten bereits 33 Prozent der Befragten Dienste in den genannten Bereichen der Sharing Economy angeboten, während 50 Prozent dies für die kommenden zwei Jahre planen.[17]

1181. Im Folgenden betrachtet die Monopolkommission die mit der Entwicklung von Sharing Economy-Diensten einhergehenden wettbewerbspolitischen Herausforderungen. Hierzu werden zunächst die wesentlichen Ausprägungsformen von Sharing Economy-Diensten sowie die wichtigsten Gründe für die Entstehung und das Wachstum dieser Dienste dargestellt. Zudem werden die mit der Nutzung von digitalen Vermittlungsplattformen einhergehenden Effizienzgewinne erläutert. Hieran anknüpfend werden relevante Wettbewerbsaspekte thematisiert. Zum einen wird untersucht, inwieweit Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Unternehmen und Sharing Economy-Diensten auftreten können. In diesem Rahmen wird untersucht, inwieweit ein gesetzgeberischer bzw. regulatorischer Handlungsbedarf aus ökonomischer Sicht besteht. Zudem werden wettbewerbsrelevante Aspekte des Arbeits- und Steuerrechts angesprochen. Zum anderen wird thematisiert, inwiefern Wettbewerbsprobleme aufgrund der Zwei- bzw. Mehrseitigkeit von Sharing Economy-Plattformen auftreten können. Anknüpfend an diese allgemeinen Ausführungen werden zwei der besonders in der öffentlichen Diskussion stehenden Sharing Economy-Dienste näher betrachtet, zum einen Vermittlungsdienste für Privatfahrer und zum anderen Vermittlungsdienste für die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften.

2.1 Definition und Ausprägungsformen

1182. Wie bereits angesprochen, existiert bislang keine einheitliche Definition des Begriffs der Sharing Economy. Grundsätzlich können der Sharing Economy zunächst solche Unternehmen zugeordnet werden, deren Geschäftsmodell auf der Vermittlung von temporären Nutzungsrechten zur gemeinsamen, häufig sequenziellen Nutzung von Gütern oder Dienstleistungen basiert. Die Unternehmen betreiben hierzu in der Regel eine digitale Vermittlungsplattform, auf der sie das Angebot von und die Nachfrage nach bestimmten Gütern oder Dienstleistungen zusammenführen. Hiervon abgesehen lassen sich allerdings eine Vielzahl unterschiedlicher Formen von Sharing Economy-Diensten unterscheiden.

1183. Eine Kategorisierung von Sharing Economy-Diensten ist zunächst anhand der involvierten Nutzerschaft möglich. Sogenannte P2P-Dienste (peer-to-peer) ermöglichen das „Teilen“ bzw. die gemeinsame Nutzung von Gütern und Dienstleistungen zwischen Unternehmen (B2B, business-to-businesss) oder Privatpersonen (C2C, consumer-to-consumer). Die Plattformbetreiber agieren in diesem Fall lediglich als Intermediäre zwischen den Nutzern und bieten neben der Vermittlung gegebenenfalls zusätzliche Serviceleistungen wie etwa die Zahlungsabwicklung an, sind selbst aber nicht im Besitz der angebotenen Güter oder an der Erbringung der nachgefragten Dienstleistung beteiligt. Im öffentlichen Fokus stehen vor allem P2P-Dienste, auf denen Privatpersonen sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager auftreten. Beispiele hierfür sind Plattformdienste, auf denen private Mitfahrgelegenheiten oder Privatunterkünfte vermittelt werden. Hiervon abzugrenzen sind Dienste, bei denen die Betreiber der Plattformen die nachgefragten Güter oder Dienstleistungen zur gemeinschaftlichen bzw. geteilten Nutzung selbst bereitstellen. Solche Plattformen können sich ebenfalls sowohl an Unternehmen (B2B) wie auch an Privatpersonen (B2C, business-to-consumer) als Nachfrager

[16] Vgl. European Parliamentary Research Service, The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy, Januar 2016.

[17] Vgl. PwC, Share Economy. Repräsentative Bevölkerungsbefragung 2015.

richten.[18] Ein Beispiel für B2C-Dienste ist das Carsharing, bei dem die Plattformbetreiber die zur kurzfristigen Anmietung verfügbaren Fahrzeuge selbst bereitstellen.[19] Je nach Betrachtungsweise werden der Sharing Economy lediglich P2P-Dienste oder aber sämtliche Ausprägungsformen zugeordnet.[20]

1184. Unterschiede bei Sharing Economy-Diensten zeigen sich zudem mit Blick auf die Entgeltlichkeit des Angebots sowie die Form der Preissetzung. Die vermittelten Güter bzw. Dienstleistungen können je nach Geschäftsmodell sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich angeboten werden. So bieten Privatleute beispielsweise ihre Zimmer auf manchen Plattformen gegen Entgelt (z. B. Airbnb) und auf anderen Plattformen unentgeltlich (z. B. CouchSurfing) oder gegen eine nur geringe Aufwandsentschädigung an. Sofern die Güter entgeltlich angeboten werden, besteht ein weiterer zentraler Unterschied zwischen mehreren Sharing-Plattformen dahin gehend, ob die Preise zentral durch den Plattformdienst selbst oder aber dezentral durch die einzelnen Nutzer festgelegt werden. Ursächlich für die Form der Preissetzung dürfte insbesondere die Art des angebotenen Gutes bzw. der Dienstleistung sein. Denkbar ist etwa, dass gerade bei homogenen Gütern die Preissetzung zentral durch den Plattformanbieter erfolgt, während bei differenzierten Gütern die Preissetzung den Nutzern selbst überlassen wird.

1185. Schließlich bestehen zwischen Sharing Economy-Diensten auch Unterschiede hinsichtlich der Finanzierung der Plattform selbst. Je nach Ausrichtung des Geschäftsmodells kann die Nutzung der Plattform für die einzelnen Nutzergruppen entgeltlich oder unentgeltlich sein. In der Regel bezahlen eine oder mehrere Nutzergruppen für die Nutzung der Vermittlungsplattform eine Provision pro Transaktion oder eine pauschale monatliche Gebühr, wobei sich die Bepreisung an der jeweiligen Elastizität der Nachfrage der Nutzergruppen orientieren dürfte. Ist die Nutzung für alle Nutzergruppen unentgeltlich, so erfolgt die Finanzierung der Plattform in der Regel über Werbung oder Spenden.

1186. Für die Zwecke dieses Gutachtens ist keine abschließende Definition der Sharing Economy notwendig. Es genügt insofern der Hinweis, dass sich die Monopolkommission im Folgenden auf P2P-Dienste für Privatpersonen konzentrieren wird. Diese Plattformdienste stehen derzeit besonders in der öffentlichen Diskussion und stellen eine zentrale ökonomische Entwicklung dar, da sie Transaktionen zwischen Privatpersonen in einem zuvor nicht bekannten Ausmaß ermöglichen. Hiermit einher gehen eine Vielzahl rechtlicher wie ökonomischer Fragestellungen, wie etwa die Notwendigkeit einer Regulierung sowie die Abgrenzung von privaten und gewerblichen Angeboten, welche im weiteren Verlauf behandelt werden.

2.2 Gründe für die Entstehung und das Wachstum der Sharing Economy

1187. Das Wachstum von Sharing Economy-Diensten, wie es in den letzten Jahren insbesondere in den Vereinigten Staaten zu beobachten ist, wird auf unterschiedliche Faktoren zurückgeführt. Von herausgehobener Bedeutung ist insbesondere der technologische Fortschritt im Bereich der Informationstechnologie. Die zunehmende Verbreitung des (mobilen) Internets sowie die Entwicklung von Smartphones haben zu einer drastischen Reduzierung von Transaktionskosten, insbesondere von Such- und Informationskosten, geführt.[21] So ermöglichen digitale Vermittlungsplattformen durch die einfache und effiziente Zusammenführung von Angebot und Nachfrage Transaktionen, welche in der Vergangenheit an zu hohen Transaktionskosten gescheitert wären. Hierzu gehören insbesondere Transaktionen zwischen Privatleuten. Darüber hinaus hat etwa die Verbreitung von Smartphones mit GPS-Navigation viele der heutigen Sharing Economy-Dienste erst ermöglicht.

---

[18] Vgl. Demary, V., Competition in the Sharing Economy, Institut der Deutschen Wirtschaft, IW policy paper 19/2015, 15. Juli 2015.

[19] Im Wesentlichen handelt es sich bei Carsharing-Diensten um kurzfristige und besonders flexible Autovermietungen, deren Fahrzeuge je nach Art des Dienstes an vordefinierten Haltestellen oder an einem beliebigen Ort im Stadtbereich abgeholt und geparkt werden können (Free Floating).

[20] Siehe hierzu etwa Demary, V., Competition in the Sharing Economy, a. a. O.; Dervojeda, K. et al., The Sharing Economy. Accessibility Based Business Models for Peer-to-Peer Markets, European Commisison Business Innovation Observatory, Case study 12, September 2013.

[21] Vgl. Demary, V., Competition in the Sharing Economy, a. a. O., S. 7.

1188. Ein weiterer wichtiger Grund für die Entwicklung von Sharing Economy-Diensten sind Fortschritte bei der Lösung von Vertrauensproblemen.[22] Gerade in P2P-Märkten, in denen Nutzer häufig ihr persönliches Eigentum vermieten, ist Vertrauen von zentraler Bedeutung. Vertrauensprobleme können hier insbesondere aufgrund fehlender Informationen zum Verhalten des potenziellen Transaktionspartners bei vertraglich nicht eindeutig festlegbaren bzw. verifizierbaren Größen bestehen, wie etwa dem Umgang mit vermieteten Gegenständen oder der Zahlungstreue. Da Informationsprobleme und damit einhergehende Vertrauensprobleme sinnvolle Transaktionen verhindern können, versuchen die Unternehmen durch unterschiedliche Maßnahmen die Anonymität des Marktes zu überwinden und Transparenz zu schaffen. Hierzu verwenden sie insbesondere Bewertungs- und Reputationsmechanismen.[23] Diesbezüglich konnten Sharing Economy-Dienste auf die langjährige Erfahrung mit Bewertungssystemen von Internet-Pionieren wie eBay zurückgreifen. Um Manipulationen zu verhindern und die Aussagekraft von Bewertungen weiter zu verbessern, werden diese Systeme kontinuierlich weiterentwickelt und an die spezifischen Notwendigkeiten der Dienste angepasst. Auch wenn solche Bewertungssysteme nicht fehlerfrei sind – problematisch sind beispielsweise Verzerrungen aufgrund strategisch verwendeter übertrieben positiver oder negativer Bewertungen – tragen sie doch maßgeblich zum Aufbau von Vertrauen bei. Weitere vertrauensstiftende Maßnahmen umfassen etwa die Verknüpfung von Nutzeraccounts bei manchen Sharing Economy-Diensten mit den Profilen bei sozialen Netzwerken sowie die Verifikation der Identität der Nutzer anhand von Ausweisdokumenten durch die Plattformbetreiber. Insgesamt helfen diese unterschiedlichen Maßnahmen Informationsasymmetrien abzubauen und Vertrauen zwischen sich fremden Nutzern aufzubauen. Hierdurch sind Transaktionen zwischen Privatleuten möglich, welche zu früheren Zeiten am fehlenden Vertrauen gescheitert wären.

1189. Als ein weiterer Faktor für die zunehmende Verbreitung von Sharing Economy-Diensten wird schließlich ein zumindest teilweise stattfindender Werte- bzw. Einstellungswandel der Bevölkerung angeführt. So wird etwa darauf verwiesen, dass gerade in jüngeren Bevölkerungsschichten die Bedeutung des privaten Eigentums abnimmt, während die Bereitschaft zum Teilen bzw. zur gemeinsamen Nutzung von Gütern steigt. Auch die gestiegene Bedeutung eines nachhaltigeren Konsums könnte die Bereitschaft vieler Verbraucher zur Nutzung von Sharing Economy-Diensten gestärkt haben, wenngleich die Nutzung dieser Dienste nicht in jedem Fall zur Steigerung der Nachhaltigkeit beiträgt.[24] Ein darüber hinausgehender umfassender Werte- und Einstellungswandel, der zu einer Abkehr von der kapitalistischen Gesellschaftsordnung führt, wie er von einigen Autoren gesehen wird, erscheint indes fraglich.[25] Zwar gibt es einige unentgeltliche Sharing Economy-Dienste, die Vielzahl der Dienste zielt jedoch auf die entgeltliche Vermarktung von Nutzungsrechten an Privateigentum.[26]

2.3 Effizienzgewinne durch digitale Vermittlungsplattformen

1190. Das Geschäftsmodell von Sharing Economy-Diensten basiert im Wesentlichen auf der digitalen Vermittlung von Gütern und Dienstleistungen. Gerade die hier im Fokus stehenden Betreiber von P2P-Diensten sind weder im Besitz der nachgefragten Güter noch erbringen sie die nachgefragten Dienstleistungen selbst. Stattdessen fokussieren sie sich auf einen bestimmten Teil der Wertschöpfungskette, nämlich die Bereitstellung einer digitalen Vermittlungsplatt-

---

[22] Vgl. Hortin, J. J,/Zeckhauser, R. J., Owning, Using and Renting: Some Simple Economy of the „Sharing Economy“, Working Paper, 10. Februar 2016, S. 7 f.

[23] Vgl. Edelman, B. G./Geradin, D., Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?, Harvard Business School Working Paper 16-026, 10. September 2015, S. 5-7.

[24] Bei der Frage der ökologischen Nachhaltigkeit von Sharing Economy-Diensten sind zwei Effekte zu unterscheiden. Einerseits stärkt die intensivere Nutzung von Gütern grundsätzlich die Nachhaltigkeit. Andererseits entstehen durch die gemeinsame Nutzung von Gütern neue Konsummöglichkeiten, welche sich ökologisch nachteilig auswirken können (sogenannter Rebound Effekt). Bei der Beurteilung der Nachhaltigkeit von Sharing Economy-Diensten müssen beide Effekte berücksichtigt werden.

[25] So etwa Rifkin, J., Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft: Das Internet der Dinge, kollaboratives Gemeingut und der Rückzug des Kapitalismus, 2014.

[26] Vgl. Vogelpohl, T./Simons, A., Kontroversen ums Teilen. Ein Überblick über das online gestützte Peer-to-Peer Sharing als gesellschaftliche Innovation und eingehende allgemeine und spezifische Kontroversen, PeerSharing Arbeitsbericht 2, Dezember 2015, S. 11.

form zur Zusammenführung (Matching) von Angebot und Nachfrage sowie hiermit gegebenenfalls einhergehende Zusatzleistungen. Diese digitale Vermittlung über Plattformen ermöglicht die Realisierung zahlreicher Effizienzvorteile.[27] Da diese Technologie grundsätzlich allen Marktteilnehmern zur Verfügung steht, sofern sie hieran nicht aufgrund bestehender Regulierungen gehindert werden, beziehen sich die folgenden Ausführungen nicht nur auf Sharing Economy bzw. P2P-Dienste, sondern auf digitale Vermittlungsplattformen im Allgemeinen.

1191. Zunächst ermöglichen digitale Vermittlungsplattformen die Realisierung von Effizienzvorteilen durch die bereits angesprochene Senkung von Transaktionskosten. Zum einen wird durch die direkte und unkomplizierte Kommunikation zwischen einzelnen Nutzern das Finden eines Transaktionspartners erheblich vereinfacht. Dies führt zu einer Reduzierung von Such- und Informationskosten. Zum anderen bieten viele Plattformen weitere Funktionen an, welche die Abwicklung von Transaktionen erleichtern, wie etwa die zentrale Preissetzung und die direkte Zahlungsabwicklung über die Plattform.

1192. Darüber hinaus tragen Vermittlungsplattformen zu einer effizienteren Allokation knapper Ressourcen bei. Effizienzsteigerungen können sich etwa aus der gemeinsamen Nutzung von Gütern oder der Nutzung von Gütern zu unterschiedlichen Zwecken ergeben. Letzteres ist etwa der Fall, wenn ein Pkw sowohl privat als auch zum Transport Dritter eingesetzt wird. Beiden Aspekten ist gemein, dass sie den Nutzungs- bzw. Auslastungsgrad von Gütern erhöhen. Gerade die Vermittlung in Echtzeit kann zu einer effizienteren Allokation beitragen, etwa indem bei Transportdiensten Leerfahrten reduziert oder Fahrgemeinschaften mit effizienterer Routenführung ad hoc gebildet werden. Zudem kann die Möglichkeit zur Nutzung von Vermittlungsplattformen unter Umständen auch zu einem Anstieg von Investitionen führen, da Nutzer aufgrund der Möglichkeit zur kurzfristigen Vermietung unter Umständen höherwertige, ansonsten für sie nicht finanzierbare Güter kaufen.

1193. Effizienzsteigerungen ergeben sich zudem aus der besseren Verfügbarkeit von Informationen. Zum einen ermöglicht der Plattformbetrieb den Betreibern eine einfache Sammlung und Verarbeitung von Daten, welche beispielsweise für eine bessere Koordinierung von Angebot und Nachfrage genutzt werden können. Zum anderen werden etwa durch Bewertungssysteme Informationsasymmetrien zwischen den Nutzergruppen abgebaut und damit Anreize zum Angebot hoher Qualität gegeben und Anreize zum Angebot schlechter Qualität oder zu opportunistischem Verhalten reduziert. Die Bewertungssysteme wirken dabei in der Regel in beide Richtungen, sodass etwa sowohl schlecht bewertete Anbieter wie auch schlecht bewertete Nachfrager bzw. Verbraucher von der Plattformnutzung ausgeschlossen werden können. Durch diesen Sanktionsmechanismus werden für beide Nutzergruppen Anreize für Fehlverhalten reduziert.

1194. Nicht zuletzt können Vermittlungsplattformen Effizienzgewinne durch eine flexiblere, an Angebot und Nachfrage orientierte Preisgestaltung erzielen. Insbesondere können Plattformdienste Informationen über aktuelle Marktbedingungen nutzen, um Schwankungen bei Angebot und Nachfrage durch kurzfristige Preisanpassungen auszugleichen. Aufgrund der direkten Kommunikation zwischen Vermittlungsdienst und Nutzern werden solche Preisanpassungen den Plattformnutzern unmittelbar angezeigt. Eine bewusste Übervorteilung von Verbrauchern ist aufgrund der Preistransparenz somit nicht möglich. Ungeachtet dessen ist eine flexible Preisgestaltung gesellschaftlich teilweise umstritten, insbesondere, wenn hiervon Dienstleistungen betroffen sind, für die traditionell einheitliche Preise bzw. Tarife gelten, wie etwa im Taxigewerbe. Dies ändert allerdings nichts an der grundsätzlichen Effizienz flexibler Preisanpassungen und den hiermit einhergehenden Wohlfahrtsgewinnen.

2.4 Spezifische Kontroversen der Sharing Economy

1195. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass es nicht „das“ Konzept der Sharing Economy gibt, sondern unter diesem Begriff viele unterschiedliche Geschäftsmodelle zusammengefasst werden können. Diese Geschäftsmodelle basieren im Wesentlichen auf einer digitalen Vermittlungsplattform, durch die erhebliche Effizienz- und Wohlfahrtsgewinne realisiert werden können. Wesentliches Ziel sollte es sein, diese Effizienzen zu heben. Regulierungen,

[27] Vgl. zu den folgenden Ausführungen insbesondere Edelman, B. G./Geradin, D., Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?, a. a. O., S. 3-8.

welche die Nutzung dieser Dienste einschränken, sollten hierzu auf ihre Erforderlichkeit und Angemessenheit überprüft und – sofern sie keine gerechtfertigten Ziele verfolgen – überarbeitet werden.

1196. Aus Wettbewerbssicht ist zu beachten, dass Sharing Economy-Dienste häufig in Konkurrenz zu traditionellen Unternehmen stehen. Dies gilt insbesondere für die in diesem Gutachten im Fokus stehenden P2P-Dienste, welche es Privatpersonen ermöglichen, Produkte oder Dienstleistungen kommerziell anzubieten. Diese Form der kommerziellen Leistungserbringung durch Privatpersonen ist in vielen Bereichen neu und kann mit dem bestehenden Rechtsrahmen kollidieren. Dies kann zum einen das Wachstum von P2P-Diensten negativ beeinträchtigen. Zum anderen können Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Unternehmen und Sharing Economy bzw. P2P-Diensten im Zuge einer asymmetrischen Regulierung auftreten. Im Folgenden werden daher unterschiedliche wettbewerbspolitisch relevante Aspekte der Sharing Economy näher betrachtet. Zunächst wird untersucht, unter welchen Umständen eine Regulierung von Sharing Economy-Diensten aus ökonomischer Sicht prinzipiell erforderlich sein kann. Hieran anknüpfend werden Möglichkeiten einer sachgerechten Abgrenzung von privaten und gewerblichen Anbietern sowie beschäftigungs- und steuerpolitische Aspekte von P2P-Diensten diskutiert. Zum Schluss wird auf mögliche Konzentrationstendenzen und hiermit einhergehende potenzielle Wettbewerbsprobleme bei Sharing Economy-Diensten eingegangen.

2.4.1 Notwendigkeit einer Regulierung?

1197. Kritiker von Sharing Economy-Diensten bemängeln häufig, dass viele dieser Dienste den in den jeweiligen Sektoren bestehenden spezifischen Regulierungsvorschriften für traditionelle Anbieter, insbesondere solche zum Schutz der Verbraucher (z. B. Sicherheitsvorschriften), entweder nicht unterliegen oder diese nicht befolgen würden. Dieser Umstand ermögliche es Sharing-Plattformen ihre Dienste zu geringeren Kosten anzubieten und stelle einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil dar. Zur Vermeidung solcher Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen und digitalen Anbietern wird dann häufig eine Ausweitung der traditionellen Regulierung auf Sharing Economy-Dienste gefordert. Diese Forderung übersieht allerdings, dass das Aufkommen neuer Technologien viele Rechtfertigungsgründe für traditionelle Regulierungen obsolet machen kann. Dies gilt insbesondere für Regulierungen, die auf die Beseitigung potenzieller Informationsasymmetrien abzielen, da diese durch das Internet im Allgemeinen und durch digitale Vermittlungsplattformen im Speziellen reduziert werden. Vor diesem Hintergrund hat die Monopolkommission in ihrem 68. Sondergutachten von einer pauschalen Ausweitung der traditionellen Regulierung auf digitale Unternehmen abgeraten und stattdessen eine fortlaufende Überprüfung und gegebenenfalls eine Rückführung der Regulierung traditioneller Unternehmen empfohlen.[28]

1198. Mit Blick auf digitale Vermittlungsplattformen sollte das wesentliche Ziel aus Sicht der Monopolkommission darin bestehen, die angesprochenen Effizienzen zu heben und die mit diesen Geschäftsmodellen gegebenenfalls einhergehenden Risiken durch eine angemessene Regulierung zu minimieren. Aufgrund der Heterogenität der Sharing Economy kann der Handlungsbedarf für den Gesetzgeber dabei je nach Dienst stark variieren. Dementsprechend ist keine einheitliche bzw. pauschale Regulierung der Sharing Economy möglich. Stattdessen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine staatliche Regulierung zur Behebung eines Marktversagens oder aus anderen, insbesondere politisch motivierten Gründen angezeigt ist.[29] Dabei sollte berücksichtigt werden, ob die Plattformdienste selbst über hinreichende Möglichkeiten sowie Anreize zur Lösung eines potenziellen Marktversagens verfügen. Die Regulierung traditioneller Unternehmen sollte nur dann auf digitale Vermittlungsdienste übertragen werden, wenn das ursprüngliche Marktversagen fortbesteht und durch die neuen Dienste nicht anderweitig gelöst wird.

1199. Eine Regulierung von P2P-Diensten zur Behebung eines Marktversagens kommt vor allem aufgrund von externen Effekten sowie aufgrund von Informationsasymmetrien zwischen den Nutzern in Betracht. Externe Effekte ergeben sich daraus, dass P2P-Dienste einen direkten Einfluss auf Nichtnutzer des Dienstes haben können. Bei Transportdiens-

---

[28] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 543, 549.

[29] Aus ökonomischer Sicht kann eine staatliche Regulierung angezeigt sein, wenn Marktversagen auftritt. Ein solches Marktversagen kann auf unterschiedliche Faktoren zurückzuführen sein, wobei in der ökonomischen Literatur vor allem auf Unteilbarkeiten, öffentliche Güter, asymmetrische Informationen sowie externe Effekte abgestellt wird. Siehe hierzu z. B. Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik 9. Aufl., München 2014.

ten können beispielsweise negative externe Effekte in der Form von Unfällen aufgrund von nicht ausreichend geschulten Fahrern oder nicht verkehrssicheren Fahrzeugen ausgehen, bei der kurzzeitigen Vermietung von Privatunterkünften etwa von zu lauten Besuchern. Grundsätzlich sollten solche externen Effekte bei P2P-Diensten, wie auch bei traditionellen Anbietern, durch geeignete regulatorische Maßnahmen internalisiert werden. Denkbar sind insofern – analog zu traditionellen Anbietern – spezielle Mindestanforderungen an Personen, die auf P2P-Plattformen bestimmte Dienstleistungen anbieten wollen, Nutzungseinschränkungen sowie Versicherungspflichten. Die getroffenen Maßnahmen sollten dem konkreten Geschäftsmodell sowie den spezifischen Umständen, wie etwa regionalen Unterschieden, Rechnung tragen und zur Behebung des festgestellten Marktversagens geeignet und erforderlich sein.

1200. Neben externen Effekten können Informationsasymmetrien ein regulierungsbedürftiges Marktversagen bei P2P-Diensten begründen. Informationsasymmetrien treten insbesondere bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern auf und erschweren es dem Nachfrager, die Qualität und den Wert eines Produkts zu beurteilen.[30] Die Überwindung solcher Informationsasymmetrien kann für den Nachfrager mit erheblichen Kosten verbunden sein. Mögliche Folge können eine adverse Selektion sowie Moral Hazard sein. Bei einer adversen Selektion führen im Extremfall die Qualitätsunkenntnis und eine rückläufige Zahlungsbereitschaft der Nachfrager dazu, dass der Preis und die Qualität eines Gutes solange sinken, bis nur noch schlechte Qualität gehandelt wird und der Markt für gute Qualität zusammenbricht (Lemon-Problem).[31] Moral Hazard beschreibt eine verdeckte Qualitätsverschlechterung während der Leistungserbringung. Traditionell wird versucht, gewisse Qualitätsstandards, die aufgrund von Informationsasymmetrien durch die Nachfrager nicht überprüfbar sind, durch qualitative Mindeststandards sicherzustellen.

1201. Bei P2P-Diensten können Informationsasymmetrien zwischen Anbietern und Nachfragern aufgrund der Anonymität der Nutzer und der Ungewissheit über die Qualität der angebotenen Güter oder Dienstleistungen bestehen. Als Intermediäre zwischen den Nutzergruppen haben P2P-Dienste allerdings ein Eigeninteresse am Abbau dieser Informationsasymmetrien, da diese Transaktionen zwischen den Nutzern verhindern und damit die Einnahmen des Plattformdienstes selbst beeinträchtigen können. Zum Abbau von Informationsasymmetrien und zur Sicherstellung einer hinreichenden Qualität des Angebots nutzen P2P-Dienste insbesondere Reputations- und Bewertungsmechanismen. Hierdurch wird zum einen die Identifikation von guten und schlechten Transaktionspartnern erleichtert, zum anderen werden Anreize zur Erbringung qualitativer Dienstleistungen gesetzt, nicht zuletzt durch die Möglichkeit des Dienstes schlecht bewertete Nutzer von der Plattform auszuschließen. Reputations- und Bewertungssysteme tragen somit grundsätzlich zur Überwindung der Anonymität des Marktes und zum Aufbau von Vertrauen zwischen den Nutzern bei und reduzieren Anreize für Fehlverhalten, wie etwa die Erbringung schlechter Qualität oder die Übervorteilung von Nutzern. Als weitere vertrauensstiftende Maßnahmen erfolgt bei manchen P2P-Diensten – wie bereits ausgeführt – eine Verknüpfung von Nutzeraccounts mit den Profilen in sozialen Netzwerken oder eine Überprüfung der Identität der Nutzer anhand von Ausweisdokumenten durch die Plattformdienste.[32]

1202. Ob eine darüber hinausgehende Regulierung von Qualitätsaspekten bei P2P-Diensten notwendig ist, ist maßgeblich von der Effektivität der eingesetzten Reputations- und Bewertungsmechanismen abhängig. Grundsätzlich ist eine Selbstregulierung bzw. dezentrale Regulierung von Plattformen dann zielführend, wenn die relevanten Informationsasymmetrien durch die etablierten Mechanismen hinreichend abgebaut werden.[33] Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn die relevanten Qualitätsaspekte durch die Nutzer zumindest beim Konsum des Gutes oder der Dienstleistung eindeutig beobachtbar und damit auch bewertbar sind (sogenannte Erfahrungsgüter). Hierzu gehören etwa das Verhalten der auf der Plattform tätigen Anbieter (Freundlichkeit, Hilfsbereitschaft etc.) oder auch äußere Qualitätseigenschaften. Bewertungssysteme stoßen allerdings an Grenzen, wenn relevante Regulierungsaspekte durch die

---

[30] Vgl. Nelson, P., Information and Consumer Behavior, Journal of Political Economy 78 (2), 1970, S. 311-329.

[31] Vgl. Akerlof, G. A., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 84(3), 1970, S. 488–500.

[32] Siehe hierzu auch Tz. 1188 in diesem Gutachten.

[33] Vgl. Gata, J. E., The Sharing Economy, Competition and Regulation, CPI's Europe Column, November 2015.

meisten Nutzer nicht beobachtet und objektiv bewertet werden können (sogenannte reine Vertrauensgüter). In diesem Fall dürfte in der Regel eine qualitative Regulierung erforderlich sein.[34]

1203. Von dieser grundsätzlichen Einschränkung abgesehen, wird teilweise auch die Repräsentativität von Bewertungssystemen infrage gestellt. So wird etwa darauf hingewiesen, dass Nutzer nur zögerlich schlechte Bewertungen abgeben, weil sie befürchten, im Anschluss selbst schlecht bewertet zu werden, oder von der mit der schlechten Bewertung einhergehenden „Bestrafung" ihres Gegenübers abgeschreckt werden (z. B. dem Ausschluss von der Plattform). Zudem wird vorgebracht, dass Nutzer mit guten Erfahrungen tendenziell eher ihren Transaktionspartner bewerten würden als Nutzer mit schlechten Erfahrungen.[35] Darüber hinaus wird angeführt, dass die Repräsentativität und damit die Effektivität von Bewertungssystemen durch gefälschte Bewertungen beeinträchtigt werden könnte. Denkbar ist etwa, dass einzelne Anbieter ihr eigenes Bewertungsprofil durch gekaufte positive Bewertungen verbessern oder schlechte Bewertungen für Wettbewerber abgeben. Schließlich besteht die Problematik, dass Nutzer die Abgabe guter Bewertungen möglicherweise an die Erbringung von „Gegenleistungen" knüpfen. Auch wenn diese Kritik grundsätzlich berechtigt ist, so ist zu berücksichtigen, dass die Plattformdienste im eigenen Interesse versuchen, ihre Bewertungssysteme möglichst repräsentativ und manipulationssicher auszugestalten. Die Möglichkeit zur Abgabe gefälschter Bewertungen ist zudem eingeschränkt, wenn eine Bewertung – wie bei den meisten P2P-Diensten – nur nach vorangegangener Transaktion möglich ist. Das umfangreiche Kaufen von positiven Bewertungen dürfte daher bei P2P-Diensten nur von untergeordneter Bedeutung sein, zumal Privatpersonen hierfür nicht die gleichen Mittel wie große Unternehmen aufbringen können.

1204. Trotz der genannten Einschränkungen dürften Reputations- und Bewertungssysteme grundsätzlich zur Reduzierung von Informationsasymmetrien beitragen. Sie mögen zwar nicht immer ausreichend sein, um qualitative Regulierungen komplett zu ersetzen. Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Bewertungssysteme in manchen Belangen staatlichen Regulierungen auch überlegen sein können. Insbesondere erhöhen sie die Markttransparenz und disziplinieren dadurch sowohl die Anbieter wie auch die Nachfrager in ihrem Verhalten. Auch ermöglichen sie eine stetige Kontrolle objektiv wahrnehmbarer Qualitätsaspekte im Vergleich zu unter Umständen nur stichprobenartigen Überprüfungen bei traditionellen Regulierungen. Unregelmäßigkeiten oder sich häufende Probleme werden dadurch schneller aufgedeckt, sodass zeitnah Gegenmaßnahmen ergriffen werden können.

1205. Abgesehen von solchen Reputations- und Bewertungssystemen können P2P-Dienste eine weitere Reduzierung von Informationsasymmetrien durch die Nutzung moderner Technologien erreichen. Diese Technologien können gegebenenfalls qualitative Regulierungen ersetzen, die auf die Behebung spezifischer Informationsasymmetrien abzielen. Beispielhaft sei an dieser Stelle auf die Verbreitung von Smartphones und die damit einhergehende Möglichkeit der GPS-Navigation und Aufzeichnung gefahrener Strecken hingewiesen. Hierdurch wird zum einen die qualitative Anforderung einer Ortskundeprüfung im Taxi- und Mietwagengewerbe obsolet. Zum anderen erhält gerade der ortsunkundige Verbraucher einen Überblick über die gefahrene Strecke und damit eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit. Dies reduziert den Anreiz zum Fahren von Umwegen, eine klassische Form von Moral Hazard.

1206. Zusätzlich zur qualitativen Regulierung bestehen für einige traditionelle Dienste auch preisliche Regulierungen. Das prominenteste Beispiel in diesem Zusammenhang dürfte das Taxigewerbe sein, dessen Tarife in Deutschland durch die jeweils zuständigen Behörden festgesetzt und weder über- noch unterschritten werden dürfen. Eine solche Preisregulierung ist bei kommerziellen P2P-Diensten in der Regel nicht notwendig, da eine hohe Markttransparenz besteht und Preisvergleiche insbesondere im Vergleich zu traditionellen Angeboten einfach möglich sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Plattformen die Preise selbst zentral festsetzen oder die Preisgestaltung den Nutzern überlassen. Mögliche Vertrauensprobleme zwischen den Nutzern bei der Bezahlung werden zudem durch die in der Regel elektronische Zahlungsabwicklung reduziert. Insgesamt besteht bei digitalen Vermittlungsplattformen insofern weniger Anlass für eine Preisregulierung, zumindest solange diese nicht über Marktmacht verfügen.

---

[34] Ein Beispiel hierfür ist der Bereich der Personenbeförderung. Bewertungssysteme sind hier zwar für eine Beurteilung der Fahrweise der Fahrer oder der Sauberkeit der Fahrzeuge nützlich. Es ist allerdings fraglich, ob die Mehrheit der Nutzer die Verkehrssicherheit der Fahrzeuge hinreichend beurteilen kann.

[35] Vgl. Edelman, B. G./Geradin, D., Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?, a. a. O., S. 21.

1207. Dessen ungeachtet wird teilweise kritisiert, dass die Preise auf einigen Vermittlungsplattformen in Abhängigkeit von Angebot und Nachfrage schwanken. In die Kritik geraten ist insbesondere das von dem Unternehmen Uber eingesetzte „Surge Pricing“, welches zu einem Anstieg der Beförderungspreise führt, wenn die Nachfrage im Vergleich zum Angebot stark ansteigt.[36] Aus ökonomischer Sicht ist anzumerken, dass eine solche an Angebot und Nachfrage orientierte dynamische Preissetzung grundsätzlich effizient ist. Zwar können im Einzelfall erhebliche Preissteigerungen und damit einhergehende „Härtefälle“ auftreten, insgesamt führt das System allerdings zu Wohlfahrtsgewinnen. Um besonders starke Preissteigerungen in „Notsituationen“, wie etwa bei starkem Unwetter, zu vermeiden, könnte seitens des Gesetzgebers erwogen werden, Obergrenzen für Preissteigerungen festzulegen. Eine solche dynamische Preisgestaltung mit Obergrenzen für Preissteigerungen wäre aus ökonomischer Sicht unflexiblen Festpreisen vorzuziehen.

1208. Abgesehen von externen Effekten und Informationsasymmetrien kann eine Regulierung von Marktakteuren schließlich auch angezeigt sein, um vom Gesetzgeber gewünschte, aber vom Markt selbst nicht bereitgestellte Angebote sicherzustellen.[37] Ein Beispiel hierfür kann etwa das Ziel eines ausreichenden barrierefreien Angebots für körperlich beeinträchtigte Personen sein. Sofern die Politik solche Ziele definiert, sollten an deren Zielerreichung aus Wettbewerbsgründen grundsätzlich alle Marktteilnehmer des betroffenen Sektors, also auch P2P-Dienste, sachgerecht beteiligt werden. Eine Möglichkeit wäre, den einzelnen Marktteilnehmern konkrete Zielvorgaben zu machen, etwa im Hinblick auf die Bereitstellung einer bestimmten Anzahl rollstuhlgeeigneter Fahrzeuge, die Maßnahmen zur Zielerreichung den Marktakteuren aber selbst zu überlassen. Sofern dies nicht möglich sein sollte, könnten alternativ – etwa durch eine Ausschreibung – ausgewählte Anbieter zur Erbringung des vom Markt nicht bereitgestellten Angebots bestimmt werden. Dieses Angebot könnte durch eine zusätzliche Steuer, welche von allen Marktteilnehmern eines Sektors zu entrichten ist, oder aus dem allgemeinen Steueraufkommen finanziert werden. Aus Wettbewerbssicht ist letztlich entscheidend, dass durch Regulierungen, die der Erreichung bestimmter Politikziele dienen, einzelne Anbieter nicht einseitig belastet werden.

1209. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass bei P2P-Diensten eine Regulierung aufgrund von Informationsasymmetrien, externen Effekten oder anderer Politikziele angezeigt sein kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen für traditionelle Anbieter und Anbieter auf P2P-Diensten die exakt gleichen Regelungen gelten müssen. Ziel der Regulierung sollte nicht sein, einzelne Marktteilnehmer vor möglicherweise effizienteren Wettbewerbern zu schützen, sondern das jeweils auftretende Marktversagen zu beheben. Gerade bei P2P-Diensten kann aufgrund der Nutzung innovativer Technologien eine geringere Regulierungsintensität angezeigt sein als bei traditionellen Anbietern. Zudem sollte sichergestellt werden, dass die Regulierungsintensität dem spezifischen Ausmaß des Angebots Rechnung trägt. Insbesondere sollte eine unverhältnismäßige Einschränkung von nur gelegentlichen Tätigkeiten auf P2P-Diensten durch überschießende Regulierungen vermieden werden.[38]

1210. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die von Sharing Economy-Diensten eingesetzten Technologien häufig auch von traditionellen Anbietern genutzt werden können. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sollte daher auch geprüft werden, ob der bestehende Regulierungsrahmen für diese Anbieter noch zeitgemäß ist oder ob eine Anpassung bzw. Rückführung der Regulierung angezeigt ist. Nicht gerechtfertigte oder aufgrund neuer Technologien überholte Vorschriften sollten konsequent abgebaut werden. Von einer Ausweitung solcher Regelungen auf P2P-Dienste ist hingegen abzuraten, da hierdurch auf eine Hebung der eingangs erwähnten Effizienzgewinne zulasten der Verbraucher und betroffenen Unternehmen verzichtet würde.

2.4.2 Abgrenzung von gewerblichen und privaten Anbietern

1211. P2P-Dienste ermöglichen Privatpersonen, Güter oder Dienstleistungen in einem zuvor nicht gekannten Ausmaß kommerziell anzubieten. Abgesehen von der Notwendigkeit einer Regulierung von P2P-Diensten stellt sich daher die

---

36 Die dynamische Preisanpassung ist algorithmisch gesteuert und erfolgt, wenn die Wartezeiten für Fahrgäste stark ansteigen. Durch die höheren Preise steigt das Angebot an verfügbaren Fahrern, während die Nachfrage temporär sinkt. Hierdurch sollen Angebot und Nachfrage ausgeglichen werden.

37 Vgl. Edelman, B. G./Geradin, D., Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?, a. a. O., S. 23 ff.

38 Siehe hierzu auch Abschnitt 2.4.2 in diesem Kapitel.

weitergehende Frage, unter welchen Bedingungen Privatpersonen das kommerzielle Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen gestattet sein sollte. Dies ist insbesondere deshalb relevant, weil viele spezifische Regulierungsvorschriften, insbesondere solche zum Verbraucherschutz, häufig nur bei gewerblichen Tätigkeiten Anwendung finden. Darüber hinaus bestehen für Gewerbetreibende und private Anbieter unterschiedliche Steuerpflichten.

1212. Für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit existiert keine Legaldefinition in der Gewerbeordnung (GewO). In der Rechtsprechung sowie in der Literatur wird prinzipiell von einem Gewerbe ausgegangen, wenn eine erlaubte, dauerhaft ausgeübte, selbstständige Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Ausgenommen hiervon sind die Bereiche der Urproduktion (insbesondere Land- und Forstwirtschaft), freie Berufe sowie die Verwaltung des eigenen Vermögens.[39] Das Kriterium der Dauerhaftigkeit besagt, dass die Tätigkeit nicht nur gelegentlich, sondern wiederholt und regelmäßig ausgeübt wird. Selbstständigkeit liegt vor, wenn der „Gewerbetreibende“ nicht weisungsgebunden ist. Er sollte nach innen sachlich unabhängig und eigenverantwortlich und nach außen auf eigene Rechnung, eigenes Risiko und auf eigenen Namen agieren. Von besonderer Bedeutung ist schließlich das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht. Diese liegt vor, wenn die Tätigkeit auf die Erzielung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils in Form eines nennenswerten, die eigenen Aufwendungen übersteigenden Überschusses ausgerichtet ist. Eine konkret definierte Bagatell- oder Wertgrenze existiert nicht.

1213. Etwas vereinfachend sind nach der bestehenden Rechtslage somit im Wesentlichen gewerbliche Angebote, die dauerhaft, gegen Entgelt und mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden, und private Angebote, welche nur gelegentlich und unentgeltlich oder zumindest ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden, zu unterscheiden. Die Einordnung von durch Privatpersonen gelegentlich gegen Entgelt auf P2P-Diensten angebotene Tätigkeiten in dieses Schema ist nicht immer eindeutig möglich. Die Grenze zur Gewerblichkeit dürfte allerdings überschritten sein, wenn Privatpersonen Güter oder Dienstleistungen auf P2P-Diensten dauerhaft und gewinnorientiert anbieten und damit faktisch wie gewerbliche Anbieter agieren.

1214. Aus Wettbewerbssicht ist die rechtliche Einordnung von durch Privatpersonen gelegentlich gegen Entgelt erbrachten Tätigkeiten insbesondere im Hinblick auf die jeweils einzuhaltenden Vorschriften für gewerbliche und private Anbieter von Bedeutung. Einige gewerbliche Anbieter beklagen insofern die für sie im Vergleich zu privaten Anbietern deutlich strengeren Vorschriften, welche zu höheren Kosten und damit zu einer Verzerrung des Wettbewerbs gegenüber Privatpersonen bzw. P2P-Diensten führen würden. Aus Wettbewerbssicht ist insofern allerdings anzumerken, dass eine komplette Angleichung der Vorschriften für gewerbliche und private Anbieter nicht zielführend ist, zumindest, wenn letztere nur gelegentlich Güter oder Dienstleistungen auf P2P-Diensten anbieten. Hierdurch würde faktisch eine Markteintrittsbarriere geschaffen, da die meisten Privatpersonen in Anbetracht der geltenden Vorschriften und des Umfangs ihrer Tätigkeit auf ein Angebot verzichten dürften. Folge wären eine geringere Angebotsvielfalt sowie eine insgesamt geringere Wettbewerbsintensität. Zudem würde auf die Realisierung der eingangs erwähnten Effizienzgewinne durch P2P-Dienste, wie etwa eine bessere Auslastung von Ressourcen, verzichtet. Die spezifischen Vorschriften für gewerbliche und private Angebote sollten daher in Relation zum Umfang der Tätigkeit stehen.

1215. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und mit diesen einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen ist grundsätzlich eine möglichst eindeutige und klar nachvollziehbare Regelung zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Anbietern erforderlich. Dabei erscheint eine Unterscheidung allein nach der Entgeltlichkeit des Angebots in Anbetracht der Entwicklung von P2P-Diensten nicht in jedem Fall zielführend. Um Privatpersonen das gelegentliche Anbieten auf P2P-Diensten gegen Entgelt zu ermöglichen, könnten im Einzelfall Schwellenwerte bzw. Bagatellgrenzen, etwa in Form von Umsatz- bzw. Wertgrenzen geschaffen werden, bis zu denen Angebote von Privatpersonen pauschal als nicht-gewerblich eingestuft werden könnten.[40] Spezifische, mit der Gewerblichkeit einhergehende Vorschriften und Steuerpflichten würden dann erst bei Überschreiten der Schwellenwerte Anwendung finden. Hierdurch könnten gegebenenfalls komplizierte und aufwendige Einzelfallprüfungen entfallen und mit diesen einhergehende Kosten einge-

---

[39] Schulte, M./Kloos, J., Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2016, § 6 Rn. 1-11.

[40] Siehe hierzu z. B. Eichhorst, W./Spermann, A., Sharing Economy: Mehr Chancen als Risiken?, Wirtschaftsdienst 96 (6), 2016, S. 439; Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Teilen, Haben, Teilhaben. Verbraucher in der Sharing Economy, Diskussionspapier vom 29. Juni 2015, S. 28.

spart werden. Einen Vorschlag für die Einführung von Schwellenwerten hat beispielsweise die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur kollaborativen Wirtschaft unterbreitet.[41] Allerdings ist unklar, wie hoch entsprechende Schwellenwerte ausfallen sollten.[42]

1216. Die weitergehende Frage, welche Vorschriften unabhängig von einer etwaigen Gewerbsmäßigkeit auf private Anbieter Anwendung finden sollten, ist letztlich nur im Einzelfall für das jeweilige Geschäftsmodell zu klären. Um ein Mindestmaß an Verbraucherschutz auch bei Angeboten von Privatpersonen auf P2P-Diensten sicherzustellen, können insbesondere Sicherheitsvorschriften erforderlich sein. Die Einhaltung dieser Vorschriften könnte durch den jeweiligen P2P-Dienst kontrolliert werden. Eine umfassende Überprüfung der Anbieter ist insbesondere bei der Registrierung der Nutzer auf der Plattform sinnvoll, gefolgt von regelmäßigen Kontrollen, idealerweise durch die elektronische Bereitstellung entsprechender Nachweise.[43] Darüber hinaus können je nach Angebot auch Versicherungspflichten zum Schutz der Verbraucher erforderlich sein. Wichtig wäre zudem, dass für die Verbraucher grundsätzlich zu erkennen ist, ob sie ein gewerbliches oder ein privates Angebot in Anspruch nehmen. Über ihre jeweiligen Rechte sollten sie bei Nutzung des Plattformdienstes eindeutig informiert werden. Eine umfassende Angleichung der Vorschriften für gewerbliche und private Anbieter wäre hingegen nicht zielführend, da hierdurch das gelegentliche Anbieten für viele Privatpersonen unattraktiv würde.

2.4.3 Besteuerung des Angebots

1217. Ein weiterer kontroverser Aspekt ist die Besteuerung von P2P-Diensten. Diese Thematik ist aus Wettbewerbssicht insbesondere deshalb relevant, weil die auf diesen Plattformen tätigen Anbieter häufig in Konkurrenz zu traditionellen steuerpflichtigen Anbietern stehen.[44] Eine ungleiche steuerliche Behandlung beider Anbietergruppen könnte insofern zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

1218. Grundsätzlich sind die für die Anbieter auf P2P-Diensten bestehenden Steuerpflichten von der Art der Tätigkeit und dem Umfang der Einnahmen bzw. Umsätze abhängig. Relevant sind insbesondere die Einkommen-, Umsatz- sowie Gewerbesteuer.[45] Die Einkünfte aus der Arbeit auf P2P-Diensten sind grundsätzlich im Rahmen der Einkommensteuer zu versteuern, unabhängig davon ob es sich um eine gewerbliche oder nur gelegentliche Tätigkeit handelt. Allerdings bestehen je nach Art der Einkünfte unterschiedliche Freibeträge bzw. Freigrenzen. So kann von einer Besteuerung von Einnahmen aus der Vermietung und Verpachtung eines selbstgenutzten Hauses oder einer selbstgenutzten Wohnung in Höhe von bis zu EUR 520 pro Kalenderjahr gemäß R 21.2 Abs. 1 der Einkommensteuer-Richtlinien 2012 (EStR 2012) abgesehen werden. Für einige weitere Einkünfte besteht gemäß § 22 Nr. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) eine Freigrenze von EUR 256 pro Kalenderjahr nach Abzug von Werbungskosten.

1219. Neben der Einkommensteuerpflicht kann für Anbieter auf P2P-Diensten prinzipiell auch eine Umsatzsteuerpflicht bestehen. Allerdings können sie bei vergleichsweise geringen Umsätzen Gebrauch von der sogenannten Kleinunternehmerregelung gemäß § 19 Umsatzsteuergesetz (UStG) machen. Demnach muss die Umsatzsteuer nicht gezahlt und ausgewiesen werden, sofern die Bruttoumsätze EUR 17.500 im Vorjahr und voraussichtlich EUR 50.000 im

---

[41] Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 02. Juni 2016, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, a. a. O., S. 5 f.

[42] Einige Unternehmen der Sharing Economy haben etwa in einer Petition im Jahr 2014 die Einführung einer Wertgrenze für die Nicht-Gewerblichkeit von EUR 5.000 empfohlen. Die Homepage der Initiatoren der Petition (http://www.werteilthatmehr.de) ist inzwischen offline. Zum Inhalt der Petition siehe etwa Weigert, M., Onlinepetition zur Ökonomie des Teilens: Elf Startups fordern nutzerfreundliche Gesetze, http://www.foerderland.de/digitale-wirtschaft/netzwertig/news/artikel/onlinepetition-zur-oekonomie-des-teilens-elf-startups-fordern-nutzerfreundliche-gesetze, Abruf am 5. April 2016.

[43] Solche Überprüfungen finden bei einigen P2P-Diensten schon heute statt. Ein Beispiel hierfür sind einige Transportdienste, welche bei Registrierung sowohl die Fahrer als auch deren Fahrzeuge überprüfen und regelmäßige Nachweise zur Einhaltung der spezifischen Sicherheitsvorschriften einfordern.

[44] Ein weiteres Argument besteht darin, dass der Staat bzw. die Kommunen andernfalls Steuerausfälle zu verkraften hätten.

[45] Vgl. zu den folgenden Ausführungen Vogelpohl, T./ Simons, A., Kontroversen ums Teilen – Ein Überblick über das online gestützte Peer-to-Peer Sharing als gesellschaftliche Innovation und eingehende allgemeine und spezifische Kontroversen, a. a. O., S. 18-20.

laufenden Kalenderjahr nicht übersteigen. Hierbei sind allerdings sämtliche Jahresumsätze zu berücksichtigen, also auch jene, die nicht über den entsprechenden P2P-Dienst erzielt wurden. Bei Inanspruchnahme der Kleinunternehmerregelung entfällt allerdings die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs. Die Gewerbesteuer ist schließlich nur dann abzuführen, wenn die Anbieter gewerblich tätig sind. Sie entfällt für natürliche Personen allerdings gemäß § 11 Gewerbesteuergesetz (GewStG) bis zu einem Freibetrag von EUR 24.500 Gewinn pro Jahr. In diesem Fall besteht nur eine Pflicht zur Gewerbeanzeige.

1220. Zusätzlich zu den genannten Steuerpflichten können schließlich noch weitere, insbesondere regionale oder kommunale Steuern anfallen. Ein Beispiel hierfür sind etwa die Bettensteuer oder die Kurtaxe im Tourismussektor. Solche Steuern sollten zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ebenfalls sowohl von traditionellen Anbietern wie auch von Anbietern auf P2P-Diensten geleistet werden, unabhängig davon ob sie nur gelegentlich oder gewerblich tätig sind. Zur Vermeidung von Transaktionskosten ist es naheliegend, die Plattformen selbst an der Erhebung und Abführung solcher Steuern und Abgaben zu beteiligen.[46] Davon abgesehen steht es den Gemeinden und Städten selbstverständlich frei, gegebenenfalls Bagatell- bzw. Freigrenzen zu definieren, bis zu deren Erreichen auf die Erhebung und Abführung der entsprechenden Steuern aus Verwaltungsgründen verzichtet wird.

1221. Teilweise wird vorgeschlagen, einen Steuerfreibetrag für Einkünfte aus dem P2P-Sharing einzuführen, welcher der Höhe nach einer etwaigen Wertgrenze zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Anbietern entsprechen solle.[47] Hierdurch soll erreicht werden, dass als privat klassifizierte Angebote auf P2P-Diensten generell von der Steuerpflicht ausgenommen werden. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass für andere Einkünfte, wie etwa Kapitalerträge, deutlich höhere Steuerfreibeträge bestehen würden. Grundsätzlich dürfte die Einführung eines solchen pauschalen Steuerfreibetrags zwar zu einem Wachstum der Sharing Economy beitragen, da in der Folge vermutlich mehr Privatpersonen entsprechende Güter bzw. Dienstleistungen in einem größeren Umfang anbieten würden. Hiermit einher könnte unter Umständen eine ökonomisch wie ökologisch sinnvolle effizientere Nutzung von privaten Ressourcen gehen. Aus Wettbewerbssicht ist allerdings zu beachten, dass ein Steuerfreibetrag für private Einkünfte aus dem P2P-Sharing zu Wettbewerbsnachteilen für gewerbliche Anbieter führen würde, insbesondere, wenn für diese kein vergleichbarer Freibetrag existiert. Eine Sonderregelung für Einnahmen aus dem (digitalen) P2P-Sharing ist daher aus Wettbewerbssicht abzulehnen.

1222. Ein weiterer Aspekt der Besteuerung des Angebots auf P2P-Diensten betrifft die vermeintlich besonders einfache Möglichkeit zur Steuerhinterziehung. Diesbezüglich wird häufig pauschal unterstellt, dass viele Anbieter auf P2P-Diensten ihren bestehenden Steuerpflichten nicht nachkommen würden. Steuerhinterziehung kann zwar grundsätzlich zu Wettbewerbsverzerrungen führen, insbesondere wenn die Anbieter auf P2P-Diensten in der Folge bereit sind, Güter oder Dienstleistungen günstiger anzubieten, als sie dies unter Beachtung ihrer Steuerpflichten wären. Gleichwohl handelt es sich bei dieser Thematik primär weniger um ein Wettbewerbsproblem als um einen klaren Rechtsverstoß, gegebenenfalls in Verbindung mit einer unzureichenden Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung durch die Finanzbehörden. Davon abgesehen ist Steuerhinterziehung kein spezifisches Merkmal von Anbietern auf P2P-Diensten und teilweise gerade in den von diesen Diensten betroffenen Wirtschaftsbereichen anzutreffen.[48] Schließlich dürfte die Verfolgung von Steuerhinterziehung bei Anbietern auf P2P-Diensten häufig sogar einfacher als bei traditionellen Anbietern möglich sein, weil alle Transaktionen digital erfasst und somit nachprüfbar sind.

1223. Grundsätzlich könnte erwogen werden, die Betreiber von P2P-Diensten stärker an der Erhebung und Abführung von Steuern und Abgaben zu beteiligen. Hierdurch könnte zum einen gewährleistet werden, dass die Nutzer ihren jeweiligen Steuerpflichten nachkommen. Zum anderen könnten bei der Steuererhebung und-abführung anfallende Transaktionskosten vermieden werden. Eine stärkere Einbeziehung von Plattformdiensten ist insbesondere bei regionalen oder kommunalen Steuern und Abgaben möglich und wird teilweise bereits heute praktiziert. Ein Beispiel hierfür

---

[46] Siehe hierzu auch Tz. 1223.

[47] Vgl. hierzu Weigert, M., Onlinepetition zur Ökonomie des Teilens: Elf Startups fordern nutzerfreundliche Gesetze, a. a. O. (Fn. 42).

[48] So ist etwa nach Angaben der Finanzkontrolle Schwarzarbeit das Taxigewerbe ein klassisches Feld für Schwarzarbeit. Vgl. hierzu Mayer, S., In der Taxibranche grassiert die Schwarzarbeit, Die Welt Online vom 19. Januar 2011, http://www.welt.de/wirtschaft/article12245714/In-der-Taxibranche-grassiert-die-Schwarzarbeit.html, Abruf am 5. April 2016.

sind Vermittlungsplattformen für Privatunterkünfte, welche mit mehreren Städten außerhalb Deutschlands Abmachungen zur Erhebung und Abführung von örtlichen Tourismussteuern getroffen haben. Solche Abmachungen könnten auch von deutschen Städten oder Kommunen angestrebt werden.

2.4.4 Beschäftigungspolitische Aspekte

1224. Ein kontroverses Thema mit Blick auf die Sharing Economy ist schließlich auch das zwischen den Plattformdiensten und den dort tätigen Anbietern bestehende Vertrags- bzw. Beschäftigungsverhältnis. Dies betrifft insbesondere P2P-Dienste, auf denen die Nutzer selbst als Dienstleister tätig werden. Hierzu gehören beispielsweise Plattformdienste, über welche Nutzer Personenbeförderung mit ihrem eigenen Fahrzeug oder haushaltsnahe Dienstleistungen anbieten.

1225. Die meisten P2P-Dienste sehen sich nach eigenem Selbstverständnis als reine Vermittlungsplattformen, auf denen die Nutzer als unabhängige Vertragspartner in der Form von Soloselbstständigen[49] ihre Dienstleistungen anbieten können. Dementsprechend müssen die Nutzer zum einen für die mit der Dienstleistung einhergehenden Kosten (z. B. Benzinkosten) und zum anderen für ihre soziale Absicherung selbst aufkommen. Die P2P-Dienste müssen deshalb keine Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung abführen und die mit einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis einhergehenden arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen, wie etwa der gesetzliche Mindestlohn, finden keine Anwendung. Dies kann einen erheblichen Kosten- und damit letztlich auch Wettbewerbsvorteil für P2P-Dienste gegenüber traditionellen Anbietern mit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten darstellen.

1226. Kritiker dieser Form der Soloselbstständigkeit bemängeln, dass die Plattformdienste die wesentlichen Kosten und Risiken auf die Nutzer abwälzen und ohne die mit der formalen Selbstständigkeit der Nutzer einhergehenden Kosteneinsparungen gegenüber traditionellen Anbietern kaum wettbewerbsfähig wären. Insbesondere seitens der Gewerkschaften wird eine Aushöhlung von Arbeitnehmerrechten durch einen Abbau sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse sowie eine Zunahme der angeblich oftmals prekären Soloselbstständigkeit befürchtet. Vor diesem Hintergrund wird teilweise gefordert, dass Regelungen zu Kündigungsschutz, Mindestlöhnen, Arbeitsschutz und Arbeitszeiten auch für die neuen digitalen Angebote gelten müssten.[50]

1227. Zur genannten Kritik ist zunächst anzumerken, dass die Nutzung von P2P-Diensten selbstverständlich nicht zur Umgehung sinnvoller arbeits- und sozialpolitischer Vorschriften führen sollte. Der eigentliche Vorteil dieser Dienste liegt in den eingangs erläuterten Effizienzgewinnen, insbesondere der effizienteren Nutzung von Ressourcen. Davon abgesehen ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die Ausgestaltung des Geschäftsmodells jedem Unternehmen und die Art der eigenen Tätigkeit jedem Bürger letztlich selbst überlassen ist. Bei den geäußerten Bedenken zur Soloselbstständigkeit der Nutzer handelt es sich auch um kein spezifisches Problem von P2P-Diensten. Studien zeigen, dass die Soloselbstständigkeit in Deutschland vor allem von 2002 bis 2012 deutlich zugenommen hat, seitdem aber rückläufig ist.[51] Im Jahr 2014 waren lediglich sechs Prozent der Erwerbstätigen im Alter von 15 bis 64 Jahren als Soloselbstständige tätig. Hiervon erzielten zwar rund 25 Prozent ein Einkommen unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns von EUR 8,50, dieser Anteil ist allerdings seit 2011 gesunken. Im gleichen Zeitraum stieg der Anteil von Soloselbstständigen, welche EUR 25 und mehr pro Stunde verdienen, auf über 20 Prozent.

1228. Eine Beurteilung der Soloselbstständigkeit sollte allerdings neben monetären Aspekten auch die Vorteile einer nicht weisungsgebundenen Tätigkeit berücksichtigen. Hierzu gehört insbesondere die flexiblere Arbeitsgestaltung, für die sich viele Personen bewusst entscheiden. Mit Blick auf P2P-Dienste ist zudem zu beachten, dass diese Dienste

---

49 Als Soloselbstständige werden Personen bezeichnet, die eine selbstständige Tätigkeit allein ausüben und daher keine angestellten Mitarbeiter haben.

50 So etwa DGB-Chef Reiner Hoffmann im Interview mit dem Magazin Der Spiegel, 34/2014, S. 65.

51 Vgl. Eichhorst, W./Spermann, A., Sharing Economy: Mehr Chancen als Risiken?, a. a. O., S. 437 f.; Brenke, K., Allein tätige Selbständige: starkes Beschäftigungswachstum, oft nur geringe Einkommen, DIW Wochenbericht Nr. 7/2013, S. 3-16; Brenke, K., Selbständige Beschäftigung geht zurück, DIW Wochenbericht Nr. 36/2015, S. 790-796.

häufig lediglich zur Generierung eines Zusatzeinkommens oder zur kurzfristigen Überbrückung zwischen zwei regulären Beschäftigungsverhältnissen genutzt werden.[52] Aus einer Zunahme der Tätigkeit auf P2P-Diensten sollte insofern nicht pauschal auf eine Zunahme prekärer Beschäftigung geschlossen werden. Dessen ungeachtet steht es der Politik selbstverständlich frei, die soziale Absicherung von Soloselbstständigen mit nur geringen Einkommen durch geeignete arbeits- und sozialpolitische Maßnahmen zu verbessern. Denkbar ist beispielsweise, Selbstständige generell in die gesetzliche Sozialversicherung aufzunehmen oder Auftraggeber oder Plattformbetreiber analog zu Arbeitgebern zur Abführung von Beiträgen für die Dienstleister zu verpflichten.[53] Hierdurch könnten auch etwaige Verzerrungen zwischen den Beschäftigungsformen verringert werden.

1229. Abgesehen von dieser allgemeinen Kritik wird teilweise der Vorwurf erhoben, dass sich die Nutzer auf P2P-Diensten nahe an der Grenze zur Scheinselbstständigkeit bewegen würden.[54] Diese Kritik ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Angebote auf P2P-Diensten nicht immer eindeutig als selbstständige oder abhängige Tätigkeiten zu klassifizieren sind. Relevante Kriterien für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit sind ein eigenes Unternehmerrisiko, eine eigene Betriebsstätte sowie die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit, d. h. ein weitgehend weisungsungebundenes Handeln.[55] Für eine selbstständige Tätigkeit der Nutzer auf P2P-Diensten spricht, dass diese in der Regel keine direkten Weisungen von den Plattformbetreibern erhalten und hinsichtlich ihrer Leistungserbringung flexibel sind. Anders als abhängig Beschäftigte stehen sie in keinem klassischen Arbeitsverhältnis, dass ihnen etwa vorschreibt, wie viele Stunden sie wann zu arbeiten haben. Eine abhängige Beschäftigung könnte hingegen vorliegen, wenn die Nutzer ihre Dienstleistung über lediglich einen P2P-Dienst anbieten und letzterer sehr konkrete Vorgaben bezüglich der Kriterien der Leistungserbringung macht und unter Umständen sogar den Preis zentral festsetzt. Abzugrenzen von einer etwaigen Scheinselbstständigkeit ist allerdings die „arbeitnehmerähnliche Selbstständigkeit“. Diese Kategorie erfasst Fälle, in denen ein Selbstständiger ohne sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter auf Dauer und im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig ist.[56]

1230. Die Ausführungen zeigen, dass die Klassifizierung der Tätigkeit der Anbieter auf P2P-Diensten, insbesondere wenn diese Dienstleistungen erbringen, häufig nicht eindeutig ist. Auch diese Problematik beschränkt sich allerdings nicht auf P2P-Dienste. Tatsächlich ist der Übergang zwischen einer selbstständigen und einer abhängigen Tätigkeit in vielen Bereichen fließend und die Klassifizierung entsprechend schwierig. Mit Blick auf P2P-Dienste ist die unter Umständen uneindeutige Klassifizierung der Tätigkeit nicht zuletzt deshalb relevant, weil hiermit Unsicherheiten hinsichtlich der anzuwendenden arbeits- bzw. sozialrechtlichen Vorschriften einhergehen. Ein besonderes Risiko besteht für die Betreiber der Plattformdienste, da auf diese im Falle einer Scheinselbstständigkeit der Nutzer erhebliche Nachforderungen zu nicht abgeführten Sozialabgaben zukommen können. Letztlich sind aufgrund der Vielzahl von P2P-Plattformen allerdings keine allgemeingültigen Aussagen zur Klassifizierung der Tätigkeit der Nutzer möglich. Insofern dürfte regelmäßig eine Analyse des Einzelfalls erforderlich sein.

2.4.5 Konzentrationstendenzen und potenzielle Wettbewerbsprobleme

1231. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei P2P-Diensten um sogenannte zwei- bzw. mehrseitige Plattformen. Der Plattformdienst selbst agiert als Intermediär zwischen den Anbietern und Nachfragern bestimmter Produkte bzw. Dienstleistungen. Wie bei anderen zwei- bzw. mehrseitigen Plattformmärkten besteht bei P2P-Diensten eine Tendenz

---

[52] Hierauf deutet etwa eine Untersuchung des Arbeitsmarktes für Uber-Fahrer in den USA hin, wonach 55 Prozent der Privatfahrer weniger als 15 Stunden pro Woche auf der Plattform tätig sind und die wöchentliche Arbeitszeit vieler Fahrer von Woche zu Woche teilweise deutlich schwankt. Siehe hierzu Hall, J.V./Krueger, A.B., An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States, Working Paper, 22. Januar 2015, S. 18.

[53] Vgl. Eichhorst, W./Spermann, A., Sharing Economy: Mehr Chancen als Risiken?, a. a. O., S. 438 f.

[54] In Kalifornien ist derzeit sogar eine Sammelklage gegen das Unternehmen Uber zur Frage, ob die Vertragspartner als Arbeitnehmer klassifiziert werden müssen, anhängig.

[55] Siehe z. B. BSG, Urteil vom 28. September 2011 – B 12 R 17/09 R.

[56] Für arbeitnehmerähnliche Selbstständige besteht die gesetzliche Rentenversicherungspflicht.

zur Marktkonzentration. Die bestimmenden Faktoren für eine solche Konzentration wurden in der ökonomischen Literatur umfassend herausgearbeitet.[57] Konzentrationsfördernd wirken demnach vor allem positive indirekte Netzwerkeffekte bzw. die zwischen den einzelnen Nutzergruppen einer Plattform bestehenden positiven Rückkopplungen. Das bedeutet, dass die Nutzer auf einer Plattformseite, etwa Vermieter, von einer größeren Anzahl an Nutzern auf der anderen Plattformseite, etwa potenziellen Gästen, profitieren und umgekehrt. Neben starken indirekten Netzwerkeffekten wirken außerdem zunehmende Skalenerträge konzentrationsfördernd, welche bei Plattformdiensten aufgrund vergleichsweise hoher Fixkosten und geringer variabler Kosten bestehen.[58]

1232. Indirekte Netzwerkeffekte und Skaleneffekte begünstigen zwar eine erhöhte Marktkonzentration. Dies bedeutet allerdings nicht, dass es zu einer Monopolisierung des Marktes und entsprechenden Wettbewerbsproblemen kommen muss, da weitere Faktoren existieren, die einer Konzentration entgegenwirken. Hierbei handelt es sich zum einen um Kapazitäts- bzw. Nutzungsbeschränkungen sowie Differenzierungsmöglichkeiten der Plattformen und zum anderen um das sogenannte Multihoming, d. h. die Möglichkeit der einzelnen Nutzergruppen zur parallelen Nutzung mehrerer Plattformdienste. Kapazitätsbeschränkungen können für Plattformen insofern bestehen, als dass heterogene Nutzergruppen die Suchkosten auf der Plattform erhöhen bzw. das „Matching“ der einzelnen Plattformseiten erschweren. In diesem Fall könnte der Plattformbetreiber versuchen, das „Matching“ der Plattformseiten durch eine Beschränkung der Nutzung der Plattform auf bestimmte Nutzer zu verbessern.[59] Eng hiermit verbunden ist die Möglichkeit der Plattformdienste zur Differenzierung, etwa in Form einer Spezialisierung auf bestimmte Produkte oder einen bestimmten Nutzer- bzw. Kundenkreis.

1233. Von besonderer Bedeutung für die Konzentration sowie den Wettbewerb zwischen P2P-Diensten ist schließlich die Möglichkeit der einzelnen Nutzergruppen zum Multihoming. So können beispielsweise Vermieter ihre Wohnung nicht nur auf einer Vermittlungsplattform anbieten, sondern zur Akquirierung von Gästen mehrere Dienste nutzen. Die Möglichkeit zum Multihoming ist entscheidend von der Höhe etwaiger Wechselkosten abhängig. Wechselkosten können bei P2P-Diensten bestehen, wenn die erhaltenen Bewertungen bzw. die eigene Reputation – wie dies in der Regel der Fall ist – nicht zu einem anderen Dienst mitgenommen werden kann, sodass bei dem neuen Dienst die Reputation neu aufgebaut werden müsste. Dies kann vor allem die Anbieter der Dienstleistungen bzw. Produkte von einem Wechsel der Plattform abhalten und zu einem Lock-in der Anbieter führen.

1234. Das Ausmaß der Konzentration bei P2P-Diensten ist von der spezifischen Ausprägung der genannten Faktoren abhängig. Dies kann von Plattform zu Plattform variieren, sodass eine differenzierte Betrachtung angezeigt ist. Verfügt ein P2P-Dienst indes über eine marktbeherrschende Stellung, kann er seine Marktmacht grundsätzlich wie andere Unternehmen auch missbrauchen und beispielsweise versuchen, konkurrierende Plattformen zu behindern oder aus dem Markt zu drängen.[60] Denkbar ist beispielsweise, dass ein Plattformanbieter versucht, durch Ausschließlichkeitsbindungen seinen Nutzern die Nutzung anderer Plattformdienste zu untersagen, um diese am Wachstum zu hindern und möglicherweise – auch als Folge der bestehenden indirekten Netzwerkeffekte – aus dem Markt zu drängen. Die Durchsetzbarkeit solcher Ausschließlichkeitsbindungen ist allerdings fraglich. Eine weitere Möglichkeit wäre das Setzen von Kampfpreisen in Form besonders niedriger Gebühren für die einzelnen Nutzergruppen. Da die Nutzer in der Folge vermutlich vorrangig den marktbeherrschenden Plattformdienst nutzen würden, müssten konkurrierende Plattformen, welche ihre Gebühren nicht soweit absenken können, unter Umständen aus dem Markt austreten. Nach diesem Marktaustritt könnte das marktbeherrschende Unternehmen seine Gebühren anheben und Monopolpreise setzen. Da der technische Aufwand zum Markteintritt für potenzielle neue Plattformanbieter eher gering ist, wäre der Erfolg

---

[57] Vgl. Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151–179. Siehe hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 45-53.

[58] Ein Großteil der Kosten entfällt auf den Aufbau und das Management einer Datenbank sowie die Entwicklung eines Algorithmus. Demgegenüber verursacht eine zusätzliche Transaktion bzw. ein zusätzlicher Nutzer der Plattform kaum zusätzliche Kosten.

[59] Ein Beispiel hierfür sind Dating-Portale, welche beispielsweise nur Akademiker vermitteln, um die Suche nach einem geeigneten Partner zu erleichtern.

[60] Vgl. Peitz, M./Schwalbe, U., Zwischen Sozialromantik und Neoliberalismus – zur Ökonomie der Sharing-Economy, a. a. O., S. 30.

einer solchen Strategie vor allem von der Stärke der Netzwerkeffekte abhängig. Solange diese nicht sehr stark ausgeprägt sind, könnten neue Anbieter mit niedrigeren Gebühren in den Markt eintreten, um Nutzer für sich zu gewinnen. Eine Zurückgewinnung der durch die Kampfpreise erlittenen Verluste wäre dann unwahrscheinlich.

1235. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass aus einer möglichen Konzentrationstendenz bei P2P-Diensten nicht pauschal auf Wettbewerbsprobleme geschlossen werden sollte. Vielmehr ist diese Konzentration aus ökonomischer Sicht zunächst Ausdruck einer effizienten Marktstruktur, welche sich im Wesentlichen aus der Existenz der positiven indirekten Netzwerkeffekte ergibt. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass selbst vermeintlich ungewöhnliche Verhaltensweisen, wie eine Preissetzung unterhalb der Grenzkosten bzw. eine Subventionierung einer Nutzergruppe, bei Plattformdiensten effizient und kartellrechtlich unbedenklich sein können.[61] Davon abgesehen kann eine eventuelle marktbeherrschende Stellung von P2P-Diensten selbstredend zu Wettbewerbsproblemen führen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich ein etwaiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von P2P-Diensten mit dem geltenden Wettbewerbsrecht hinreichend erfassen lässt. Insgesamt besteht daher bei P2P-Diensten derzeit kein spezifischer Regulierungsbedarf aufgrund wettbewerblicher Probleme.

1236. Fraglich ist allenfalls, ob eine Regelung geschaffen werden sollte, die Nutzern die Möglichkeit gibt, ihre bereits erhaltenen Bewertungen bei einem Plattformdienst zu einem anderen Plattformdienst zu transferieren. Aus wettbewerbspolitischer Sicht wäre eine solche Möglichkeit zur Portabilität von Bewertungen grundsätzlich wünschenswert, da hierdurch potenzielle Wechselkosten reduziert und der Plattformwechsel insbesondere für die Anbieter auf P2P-Diensten erleichtert werden könnte. Dies gilt umso mehr, weil die Bewertung für viele Nachfrager neben anderen Kriterien wie dem Preis ein wichtiges Entscheidungskriterium ist. Kritisch ist allerdings anzumerken, dass zum einen ein Transfer der erhaltenen Bewertungen aus datenschutzrechtlicher Sicht problematisch sein könnte, wenn die Nutzer, welche die Bewertung abgegeben haben, nicht ihre Zustimmung für eine solche Übertragung erteilt haben. Insofern stellt sich auch die Frage, wer überhaupt der Eigentümer der Bewertungen ist. Zum anderen können sich die Bewertungssysteme der einzelnen P2P-Dienste erheblich voneinander unterscheiden und beispielsweise unterschiedliche Kriterien abfragen. Insofern ist zu prüfen, inwieweit die Bewertungen bei den einzelnen P2P-Diensten überhaupt miteinander vergleichbar sind und ob eine sachgerechte Übertragung zwischen unterschiedlichen Bewertungssystemen möglich ist. Hier besteht aus Sicht der Monopolkommission noch Klärungsbedarf.

2.5 Zwischenfazit

1237. Die Sharing Economy hat in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Ursächlich für diese Entwicklung ist vor allem die durch die zunehmende Verbreitung des (mobilen) Internets sowie von Smartphones erzielte Senkung von Transaktionskosten (Such- und Informationskosten) sowie die Lösung von Vertrauensproblemen, insbesondere durch die Etablierung von Bewertungs- und Reputationsmechanismen. Die der Sharing Economy zugrunde liegende digitale Vermittlung über Plattformen ermöglicht die Realisierung von Effizienzvorteilen aufgrund geringerer Transaktionskosten sowie einer effizienteren Koordinierung von Angebot und Nachfrage, inklusive einer flexiblen, an Angebot und Nachfrage orientierten Preissetzung. Weitere Effizienzgewinne können sich durch eine intensivere Nutzung von Ressourcen im Zuge einer Erhöhung des Nutzungs- bzw. Auslastungsgrades ergeben. Häufig vorhandene Bewertungssysteme reduzieren zudem Anreize für Fehlverhalten und erhöhen die Markttransparenz.

1238. Im Fokus der öffentlichen Diskussion stehen vor allem Plattformdienste, welche es Privatpersonen ermöglichen, Güter oder Dienstleistungen in einem zuvor nicht gekannten Ausmaß kommerziell anzubieten. Diese P2P-Dienste agieren primär als Intermediäre zwischen als Anbieter und Nachfrager auftretenden Privatpersonen. Sie betreiben eine digitale Vermittlungsplattform, über welche die Transaktion vorgenommen wird, sind selbst aber nicht im Besitz der angebotenen Güter oder an der Erbringung der Dienstleistungen beteiligt. Der Markteintritt von P2P-Diensten führt in den betroffenen Wirtschaftsbereichen zu einer Steigerung der Wettbewerbsintensität. Hiermit einher können Preissenkungen, Qualitätssteigerungen sowie eine insgesamt höhere Angebotsvielfalt gehen. Den als Anbietern tätigen Privatpersonen ermöglicht die flexible Nutzung von P2P-Diensten die Erzielung eines Zusatzeinkommens.

---

61 Siehe hierzu schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 34-44.

1239. Die Einordnung von durch Privatpersonen auf P2P-Diensten kommerziell erbrachten Tätigkeiten in den geltenden Rechtsrahmen kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da die Abgrenzung von privaten und gewerblichen Tätigkeiten nicht immer eindeutig möglich ist. Dies ist aus Wettbewerbssicht vor allem mit Blick auf spezifische für gewerbliche Anbieter bestehende Vorschriften und Steuerpflichten von Relevanz. Um Rechtsunsicherheiten und aufwendige Einzelfallprüfungen zu vermeiden, könnten vereinzelt Bagatellgrenzen eingeführt werden, welche anhand geeigneter Kriterien eine eindeutige Abgrenzung von gewerblichen und privaten Anbietern erlauben. Zielführend erscheinen insbesondere am Umfang sowie der Art der Tätigkeit ansetzende Schwellenwerte. Spezifische, mit der Gewerblichkeit einhergehende Vorschriften würden erst bei Überschreiten dieser Schwellenwerte Anwendung finden. Denkbar sind etwa Umsatzgrenzen oder Obergrenzen, welche die private Tätigkeit auf eine bestimmte Anzahl von Tagen pro Jahr begrenzen.

1240. Um Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Anbietern und P2P-Diensten bzw. dort tätigen Anbietern aufgrund einer asymmetrischen Regulierung zu vermeiden, sollte zum einen ein angemessener Ordnungsrahmen für P2P-Dienste geschaffen werden und zum anderen eine Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Regulierung traditioneller Anbieter erfolgen. Von einer pauschalen Übertragung der für traditionelle Anbieter bestehenden Regulierungen auf P2P-Dienste und dort tätige Anbieter sollte hingegen abgesehen werden. Eine Regulierung von P2P-Diensten und über diese angebotenen Tätigkeiten kann insbesondere aufgrund von Informationsasymmetrien und externen Effekten angezeigt sein. Zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an Verbraucherschutz können je nach Tätigkeit vor allem Sicherheitsvorschriften sowie Versicherungspflichten notwendig sein. Die Regulierungen sollten der Art und dem Umfang der Tätigkeit Rechnung tragen, um keine unnötigen Markteintrittsbarrieren zu schaffen, welche insbesondere das gelegentliche Anbieten auf P2P-Diensten unattraktiv werden ließen. Mit Blick auf die Regulierung traditioneller Anbieter kann vor allem eine Anpassung historisch gewachsener Vorschriften an durch die Digitalisierung geschaffene neue ökonomische Realitäten erforderlich sein.

1241. Bei P2P-Diensten ist prinzipiell, wie auch bei anderen mehrseitigen Märkten, eine gewisse Tendenz zur Marktkonzentration aufgrund indirekter Netzwerkeffekte sowie Skaleneffekte zu erwarten. Hieraus sollte allerdings nicht pauschal auf Wettbewerbsprobleme geschlossen werden. Sollte ein Dienst eine marktbeherrschende Stellung erlangen, ließe sich ein etwaiger Missbrauch dieser Marktposition mit dem geltenden Wettbewerbsrecht erfassen. Ein spezifischer Regulierungsbedarf von P2P-Diensten aufgrund wettbewerblicher Probleme ist zumindest derzeit nicht zu erkennen. Dessen ungeachtet könnte die Schaffung einer Regelung zur Portabilität von Nutzerbewertungen geprüft werden. Durch die Möglichkeit zur Mitnahme der bei einem Plattformdienst erhaltenen Bewertungen könnten potenzielle Wechselkosten reduziert und ein etwaiger Lock-in insbesondere der Anbieter auf P2P-Diensten verhindert werden.

2.6 Vermittlungsdienste für Privatfahrer

1242. Ein viel diskutierter Bereich der Sharing Economy sind digitale Vermittlungsdienste für Fahrdienstleistungen, welche eine Plattform betreiben, auf der Fahrer mit potenziellen Fahrgästen zusammengeführt werden. Besonders umstritten sind dabei Vermittlungsdienste für sogenannte Privatfahrer (z. B. UberPop), bei denen die Beförderung – im Gegensatz zu digitalen Vermittlungsdiensten für konzessionierte Taxis (z. B. myTaxi, UberTaxi, Taxi Deutschland) oder Mietwagen (z. B. UberBlack, Blacklane) – durch Privatpersonen mit ihren eigenen Privatfahrzeugen erfolgt. Aufgrund der mangelnden Vereinbarkeit mit dem Personenbeförderungsgesetz wurden solche Vermittlungsdienste für Privatfahrer in Deutschland inzwischen bundesweit verboten.

1243. Im Folgenden soll die Entwicklung im Bereich der Vermittlungsdienste für Fahrdienstleistungen mit einem Fokus auf Vermittlungsdiensten für Privatfahrer näher dargestellt werden. Hierzu werden zunächst die Marktentwicklung und die von den neuen Diensten ausgehenden Wettbewerbswirkungen nachgezeichnet. Anschließend wird auf die Unterscheidung zwischen einer gewerblichen und privaten Personenbeförderung eingegangen. Hieran anknüpfend wird diskutiert, wie das bestehende Personenbeförderungsgesetz (PBefG) angepasst werden könnte, um neue Angebotsformen und mehr Wettbewerb im Bereich der individuellen Personenbeförderung zu ermöglichen. Erläutert wird, wie ein angemessener Ordnungsrahmen für neue Diensteanbieter aussehen könnte und welche regulatorischen Anpassungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen beim traditionellen Taxi- und Mietwagenverkehr erforderlich sind.

2.6.1 Marktentwicklung und Wettbewerbswirkungen

1244. Der Markt für die individuelle Personenbeförderung (Punkt-zu-Punkt-Beförderung) besteht in Deutschland wie in den meisten Ländern traditionell aus Taxis (§ 47 PBefG) sowie sogenannten Mietwagen mit Fahrern (§ 49 PBefG). Sowohl der Taxi- als auch der Mietwagenverkehr sind gemäß § 2 Abs. 1 PBefG genehmigungspflichtig. Die Genehmigung für den Taxiverkehr ist an die Erfüllung subjektiver (qualitativer) sowie objektiver (quantitativer) Zulassungskriterien gebunden. In den meisten Städten und Kommunen in Deutschland ist der Marktzugang quantitativ beschränkt. Für den Taxiverkehr besteht eine Tarif- (§ 51 i. V. m. § 39 Abs. 3 PBefG), Beförderungs- (§ 22 i. V. m. § 47 Abs. 4 PBefG) und Betriebspflicht (§ 21 i. V. m. § 47 Abs. 3 PBefG). Die Tarife werden von den örtlichen Behörden festgesetzt und dürfen innerhalb des Pflichtfahrgebiets weder über- noch unterschritten werden. Taxis bedienen in Deutschland sowohl den Bestellmarkt (= vorab bestellte Fahrten), den Winkmarkt (= Abwinken am Straßenrand) wie auch den Wartemarkt (= Bereithalten an gekennzeichneten Orten, z. B. an Taxiständen).

1245. Im Gegensatz zum Taxiverkehr ist die Genehmigung für den Mietwagenverkehr lediglich an die Erfüllung qualitativer Anforderungen gebunden, eine quantitative Beschränkung existiert nicht. Für Mietwagen besteht keine Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht, die Preise können von den Unternehmern frei festgelegt bzw. mit dem Fahrgast ausgehandelt werden. Mietwagen dürfen nur Beförderungsaufträge ausführen, welche gemäß § 49 Abs. 4 PBefG am Betriebssitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind, und müssen nach jeder Beförderung unverzüglich zurückkehren, sofern kein neuer Beförderungsauftrag vorliegt (sogenannte Rückkehrpflicht). Mietwagen sind im Gegensatz zu Taxis damit lediglich im Bestellmarkt tätig, eine Mitnahme von Fahrgästen etwa vom Straßenrand ist ihnen ohne vorherigen Beförderungsauftrag nicht gestattet.

1246. In den letzten Jahren sind im Zuge der technologischen Entwicklung zahlreiche digitale Vermittlungsdienste entstanden, welche Fahrgästen die Buchung von Fahrten über eine Smartphone-App ermöglichen. Diese digitalen Vermittlungsdienste bieten häufig unterschiedliche Formen bzw. Qualitätsstufen der individuellen Personenbeförderung an. So werden unter anderem traditionelle Taxis und Mietwagen, aber auch höherklassige Limousinen mit professionellen Fahrern vermittelt. Neben diesen Diensten, die konzessionierte Fahrzeuge mit professionellen Fahrern vermitteln, sind darüber hinaus Vermittlungsdienste in den Markt eingetreten, welche sogenannte Privatfahrer vermitteln, die mit ihren eigenen Privatfahrzeugen Personenbeförderung betreiben. Neben der Vermittlung bieten diese Dienste, welche in der englischsprachigen Welt häufig als *Transportation Network Companies* (TNC) bezeichnet werden, in der Regel zusätzliche Serviceleistungen an, wie etwa die Übernahme der Zahlungsabwicklung. Voraussetzung für die Nutzung dieser Plattformdienste ist sowohl für die Fahrer wie auch die potenziellen Fahrgäste eine in der Regel kostenlose Registrierung. Die nach Kenntnis der Monopolkommission einzigen Vermittlungsdienste für Privatfahrer, die in Deutschland vorübergehend tätig waren, sind UberPop und Wundercar.

1247. Vermittlungsdienste für Privatfahrer werden häufig mit dem Begriff „Ridesharing“ umschrieben. Konzeptionell ist allerdings zu unterscheiden zwischen einer Mitfahrgelegenheit, bei welcher der Fahrer das Fahrtziel bestimmt und Personen, die in die gleiche Richtung wollen, gegen ein gegebenenfalls geringes Entgelt mitnimmt (z. B. Blablacar, flinc), und einer entgeltlichen Beförderung, bei welcher der Fahrgast das Fahrtziel bestimmt (z. B. UberPop). Im ersteren Fall handelt es sich letztlich um eine traditionelle Mitfahrgelegenheit, die aufgrund der unkomplizierten und kurzfristigen Organisation über digitale Vermittlungsdienste nunmehr auch auf Kurzstrecken angeboten werden kann. Nur in diesem Fall findet ein tatsächliches Teilen bzw. eine gemeinsame Nutzung statt (Ridesharing). Im letzteren Fall handelt es sich hingegen um eine taxi- bzw. mietwagenähnliche Beförderung durch Privatpersonen, die zumindest teilweise in Konkurrenz zum traditionellen Taxi- und Mietwagengewerbe steht. Hierfür sind Begriffe wie „Ridesourcing“[62] oder auch „Rideselling“[63] sachgerechter.

1248. Im Fokus der öffentlichen Diskussion steht in Deutschland und vielen anderen Staaten vor allem die entgeltliche Personenbeförderung durch Privatleute mit Privatfahrzeugen, bei denen der Fahrgast das Fahrtziel bestimmt. Nach

---

[62] Vgl. Rayle, L. u. a., App-Based, On-Demand Ride Services: Comparing Taxi and Ridesourcing Trips and User Characteristics in San Francisco, University of California Transportation Center (UCTC), Working Paper, November 2014.

[63] Vgl. Randelhoff, M., [Definition] UberPop, WunderCar, Lyft & Co. – Ridesharing oder vielmehr Rideselling?, 24. Juli 2014, http://www.zukunft-mobilitaet.net/74151/analyse/definition-ridesharing-rideselling-unterschiede-taxi-carpooling, Abruf am 20. Juni 2016.

einzelnen, gerichtlich bestätigten Untersagungsverfügungen örtlicher Behörden gegen die Dienste UberPop und Wundercar erließ das LG Frankfurt im August 2014 eine einstweilige Verfügung, mit der das Angebot UberPop bundesweit untersagt wurde.[64] Nachdem diese Verfügung wegen fehlender Dringlichkeit wenig später aufgehoben wurde[65], erließ das LG Frankfurt im Hauptsacheverfahren zwischen Taxi Deutschland und Uber im März 2015 erneut ein bundesweites Verbot.[66] Dieses Verbot wurde vom OLG Frankfurt in der Berufungsverhandlung im Juni 2016 bestätigt.[67] Wesentlicher Grund für die Untersagung ist, dass die vermittelten Privatfahrer keine Genehmigung zur Personenbeförderung nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) haben. In Deutschland sind somit Vermittlungsdienste für Privatfahrer, wie in den meisten anderen europäischen Ländern, derzeit verboten.[68] Ob Plattformdienste, die statt Privatfahrern konzessionierte Mietwagen vermitteln, mit dem PBefG vereinbar sind, ist umstritten und gerichtlich noch nicht abschließend geklärt.[69]

1249. Aufgrund der bestehenden Regulierung ist Vermittlungsdiensten für Privatfahrer der Markteintritt in Deutschland bisher nicht gelungen. Im Gegensatz zur medialen Aufmerksamkeit haben die Dienste in der kurzen Zeit, in der sie in einzelnen Großstädten hierzulande operierten, eine im Vergleich zu traditionellen Anbietern nur geringe Rolle gespielt.[70] Welche Wirkungen von einem Markteintritt dieser Dienste ausgehen könnten, lässt sich vor allem anhand betroffener ausländischer Märkte beobachten. Relevant erscheinen insofern insbesondere Studien zu einigen US-amerikanischen Großstädten, die zeigen, dass es zum einen zu einer teilweisen Substitution von Taxifahrten durch Vermittlungsdienste für Privatfahrer gekommen ist, die neuen Dienste zum anderen aber auch zu einer teilweise erheblichen Erweiterung des Marktes für die individuelle Personenbeförderung beigetragen haben.

1250. Substitutionseffekte zeigen sich besonders deutlich in San Francisco, wo die Anzahl der Fahrten pro Taxi von Januar 2012 bis Juli 2014 infolge des Markteintritts von Vermittlungsdiensten für Privatfahrer um ca. 65 Prozent von ca. 1400 auf ca. 500 pro Monat gesunken ist.[71] Auch in New York kam es zu einem Rückgang der Fahrten pro Taxi sowie zu Umsatzeinbußen der Taxi-Unternehmen, allerdings in einem geringeren Umfang als in San Francisco.[72] Eine Erweiterung des Marktes für die individuelle Personenbeförderung ist beispielsweise in Los Angeles zu beobachten. Zwar ist auch hier die Anzahl der Taxifahrten von ca. 8,4 Mio. in 2013 auf ca. 6 Mio. in 2015 zurückgegangen.[73] Auch zeigen Studien, dass der Umsatz des Taxigewerbes von ca. USD 46 Mio. im ersten Quartal 2012 um rund 13 Prozent auf ca. USD 40 Mio. im vierten Quartal 2014 gesunken ist. Diesem Umsatzrückgang von ca. USD 6 Mio. steht allerdings ein „zusätzlicher" Umsatz von UberX-Fahrern in Höhe von ca. USD 60 Mio. gegenüber.[74] Insgesamt hat sich der Umsatz im

---

64 LG Frankfurt, Beschluss vom 25. August 2014, 2-03 O 329/14.

65 LG Frankfurt, Urteil vom 16. September 2014, 2-03 O 329/14.

66 LG Frankfurt, Urteil vom 18. März 2015, 3-08 O 136/14.

67 OLG Frankfurt, Urteil vom 9. Juni 2016, 6 U 73/15. Da gegen das Urteil noch Revision beim Bundesgerichtshof eingelegt werden kann, ist es noch nicht rechtskräftig.

68 UberPop ist seit April 2015 in Deutschland nicht mehr verfügbar. Das Unternehmen Wunder, ehemals Wundercar, hat sich ebenfalls aus dem deutschen Markt zurückgezogen.

69 Von Bedeutung ist insbesondere § 49 Abs. 4 PBefG, wonach Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen dürfen, die am Betriebssitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind. Siehe hierzu unter anderem KG Berlin, Urteil vom 11. Dezember 2015, Az. 5 U 31/15. Das Revisionsverfahren ist derzeit beim BGH anhängig.

70 UberPop war nach vorliegenden Informationen lediglich in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg und München verfügbar.

71 Vgl. Bond, A. T., An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy, Notre Dame Law Review Online 90 (2), 2015, S. 87.

72 In New York sind die Preise für Taxilizenzen von USD 1,32 Mio. in 2013 auf USD 0,65 Mio. im August 2015 zurückgegangen. Dies wird unter anderem auf die zunehmende Konkurrenz durch die neuen Vermittlungsdienste zurückgeführt. Vgl. Van Zuylen-Wood, S., The Struggles of New York City's Taxi King, 27. August 2015, http://www.bloomberg.com/features/2015-taxi-medallion-king, Abruf am 20. Mai 2016.

73 LA Times, Uber and Lyft have devastated L.A.'s taxi industry, city records show, 14. April 2016, http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-uber-lyft-taxis-la-20160413-story.html, Abruf am 20. Mai 2016.

74 Vgl. Deloitte Access Economics, Economy effects of ridesharing in Australia, Studie im Auftrag von Uber, 2016, S. 58, http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/Economics/deloitte-au-economics-economic-effects-of-ridesharing-australia-150216.pdf, Abruf am 6. Juni 2016. UberX ist in den USA ein Vermittlungsdienst, bei dem Privatfahrer – ähnlich zum Angebot von UberPop in Deutschland – Personen mit ihrem privaten Pkw gegen Entgelt befördern. Die Zahlen

Bereich der individuellen Personenbeförderung in Los Angeles somit zwischen dem ersten Quartal 2012 und dem vierten Quartal 2014 mehr als verdoppelt.

1251. Ursächlich für das starke Wachstum der Vermittlungsdienste für Privatfahrer dürften zum einen die in der Regel geringeren Preise dieser Dienste im Vergleich zu regulären Taxitarifen sein, auf welche die Taxi-Unternehmen aufgrund der in den betreffenden Märkten bestehenden Tarifpflicht nicht mit eigenen Preisanpassungen reagieren konnten. So zeigen Untersuchungen, dass die Preise der Vermittlungsdienste je nach Region und gewählter Qualität teilweise deutlich günstiger als die örtlichen Taxitarife sind.[75] Zum anderen haben sich Fahrgäste Berichten zufolge in den betroffenen Städten vor dem Markteintritt der neuen Dienste häufig über die Qualität von Taxis bzw. Taxifahrten beschwert, sodass vermutlich viele unzufriedene Fahrgäste zu den neuen Diensten abgewandert sind. Auf diese Entwicklung haben die betroffenen Taxi-Unternehmen in einigen Märkten offenbar mit einer Steigerung der Qualität ihrer Dienstleistung reagiert. So gab es beispielsweise in New York im Schnitt weniger Kundenbeschwerden pro Taxifahrt und in Chicago insgesamt weniger Beschwerden über defekte Klimaanlagen, Kreditkartenlesegeräte sowie unfreundliches Verhalten von Taxifahrern.[76] Von dem Markteintritt der Vermittlungsplattformen und dem intensiveren Wettbewerb haben somit nicht nur die Nutzer der Vermittlungsdienste, sondern auch die Nachfrager von Taxifahrten profitiert. Ein weiterer Grund für das Wachstum der Vermittlungsdienste könnte sein, dass Privatfahrer einzelnen Studien zufolge offenbar häufiger in zuvor nur schlecht bedienten Stadtgebieten tätig sind.[77]

1252. Insgesamt ist festzuhalten, dass die neuen Vermittlungsdienste in den betreffenden US-amerikanischen Großstädten zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich der individuellen Personenbeförderung geführt haben. Profitiert haben insbesondere die Verbraucher in Form einer höheren Angebotsvielfalt, einer teilweise gestiegenen Qualität sowie oftmals geringeren Preisen. Für viele Fahrgäste scheinen die Dienstleistungen traditioneller Anbieter und jene von Vermittlungsdiensten für Privatfahrer weitgehend austauschbar zu sein. Bei der Beurteilung ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese häufig als *Transportation Network Companies* (TNC) bezeichneten Dienste in den USA nicht völlig unreguliert agieren, sondern zumeist einem spezifischen Ordnungsrahmen mit Mindestanforderungen an die Auswahl der Fahrer und Fahrzeuge sowie spezifischen Versicherungspflichten unterliegen. Dieser Ordnungsrahmen variiert allerdings je nach Bundesstaat bzw. Stadt.[78] Die Plattformen selbst benötigen in der Regel eine Lizenz und müssen gegebenenfalls eine ausreichende Versicherung zum Schutz der Fahrgäste (und Fahrer) bereitstellen. Zudem müssen sie prüfen, ob die Fahrer und Fahrzeuge die gesetzlichen Mindestanforderungen erfüllen. Dies erfolgt in der Regel durch die Sichtung entsprechender Dokumente. Die Fahrer müssen auf etwaige Straftaten sowie Verkehrsdelikte überprüft werden. Zudem bestehen häufig Anforderungen an die Fahrerfahrung sowie das Alter der Fahrer, teilweise sind auch Gesundheitschecks vorgeschrieben. In manchen Bundesstaaten bzw. Städten müssen die Fahrer neben einem einfachen Führerschein über eine offizielle Lizenz für die Personenbeförderung verfügen (for-hire license). Teilweise muss auch ein Gewerbe angemeldet werden. Die eingesetzten Privatfahrzeuge müssen verkehrssicher sein. Hierzu ist zumeist eine jährliche Überprüfung vorgeschrieben, teilweise wird von den Behörden auch ein maximales

---

beruhen auf Daten von Uber sowie dem Los Angeles Department of Transportation. Umsätze von Privatfahrern, die über andere Plattformen, wie etwa Lyft, vermittelt wurden, werden nicht ausgewiesen.

[75] Die Preise sind unter anderem davon abhängig, ob Privatpersonen (z. B. UberPop in Europa bzw. UberX in den USA) oder professionelle Fahrer (z. B. UberBlack) die Beförderung durchführen. Außerdem bieten die Dienste teilweise unterschiedliche Fahrzeugqualitäten an, etwa Kompaktwagen und höherklassigen Limousinen. Eine Untersuchung für 21 US-amerikanische Städte zeigt, dass eine 5-Meilen-Fahrt mit einer Geschwindigkeit von 30 Meilen pro Stunde mit Privatfahrern bzw. UberX in fast jeder untersuchten Stadt mit Ausnahme von New York und Philadelphia günstiger ist als mit Taxis. Ohne die Berücksichtigung von Trinkgeld lag das Preisverhältnis von Taxis zu UberX zwischen 0,9 in New York und 1,7 in Los Angeles, unter Einberechnung eines Trinkgelds in Höhe von 20 Prozent bei Taxifahrten zwischen 1,0 in New York und 2,1 in Los Angeles. Vgl. Silverstein, S., These Animated Charts Tell You Everything About Uber Prices In 21 Cities, 16. Oktober 2014, http://www.businessinsider.com/uber-vs-taxi-pricing-by-city-2014-10?IR=T, Abruf am 30. Mai 2016.

[76] Vgl. Wallsten, S., The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?, Technology Policy Institute, Working Paper, Juni 2015.

[77] Siehe hierzu z. B. Smart, R. u. a.., Faster and Cheaper: How Ride-Sourcing Fills a Gap in Low-Income Los Angeles Neighborhoods, Studie im Auftrag von Uber, Juli 2015, http://botecanalysis.com/wp-content/uploads/2015/07/LATS-Final-Report.pdf, Abruf am 6. Juni 2016.

[78] Für die bestehenden Regelungen in Kalifornien siehe California Public Utilities Commission, Basic information for transportation network companies and applicants, http://www.cpuc.ca.gov/uploadedFiles/CPUC_Public_Website/Content/Licensing/Transporta tion_Network_Companies/BasicInformationforTNCs_7615.pdf, Abruf am 06. Juni 2016.

Alter der Fahrzeuge vorgegeben. In einigen Regionen müssen die Fahrzeuge während der Beförderung von Fahrgästen zudem mit dem Firmenlogo der vermittelnden Plattform(en) gekennzeichnet sein, welches in der Regel im Bereich der Windschutzscheibe anzubringen ist.

1253. Auch wenn die US-amerikanischen Erfahrungen aufgrund der unterschiedlichen Marktstrukturen nicht per se auf Deutschland übertragbar sind, können sie zumindest als Indiz für eine potenzielle Marktentwicklung hierzulande gesehen werden. Eine Studie im Auftrag von Uber kommt etwa zu dem Ergebnis, dass allein in Berlin durch den Markteintritt entsprechender Vermittlungsdienste für Privatfahrer wie UberPop monetäre Vorteile für die Konsumenten in Höhe von bis zu EUR 48 Mio. zu realisieren sind, wobei die bei geringeren Preisen zu erwartende Erweiterung des Marktes sowie Qualitätssteigerungen und Produktdifferenzierungsvorteile in der Analyse noch nicht berücksichtigt wurden.[79] Dessen ungeachtet dürfte die tatsächliche Marktentwicklung zum einen von den Strukturen im örtlichen Taxi- und Mietwagengewerbe abhängen. So dürfte der unmittelbare Wettbewerbsdruck entsprechender Vermittlungsdienste besonders dort zu spüren sein, wo der Bestellmarkt im Vergleich zum Wink- und Haltemarkt besonders ausgeprägt ist.[80] Zum anderen dürfte dem regulatorischen Rahmen eine zentrale Bedeutung zukommen, und zwar sowohl jenem für die neuen Vermittlungsdienste als auch dem für das traditionelle Taxi- und Mietwagengewerbe, da dieser maßgeblich die Reaktionsmöglichkeiten der traditionellen Anbieter bestimmt.

2.6.2 Abgrenzung von privaten und gewerblichen Angeboten

1254. Das PBefG unterscheidet zwischen einer entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Personenbeförderung und einer unentgeltlichen Personenbeförderung. Gemäß § 1 Abs. 1 PBefG findet das PBefG lediglich auf entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderungen Anwendung. Eine solche liegt vor allem dann vor, wenn das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt übersteigt, die Fahrt also mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt wird. In diesem Fall besteht zum einen eine Genehmigungspflicht gemäß § 2 PBefG. Zum anderen bestehen spezifische Anforderungen an die Qualifikation der Fahrer und Unternehmer sowie hinsichtlich der eingesetzten Fahrzeuge.

1255. Im Falle einer entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Personenbeförderung müssen die Fahrer gemäß § 48 Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV) über eine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung verfügen. Um diese Fahrerlaubnis zu erhalten, muss der Fahrer mindestens eine Fahrerlaubnis der Klasse B besitzen und 21 Jahre alt sein. Außerdem muss er charakterlich und gesundheitlich für die Beförderung von Fahrgästen geeignet sein. Dies wird durch die Vorlage eines behördlichen Führungszeugnisses, einer Auskunft aus dem Fahreignungsregister, einem ärztlichen Gutachten über die besondere körperliche Eignung sowie einen gesonderten Sehtest nachgewiesen. In größeren Ortschaften ab 50.000 Einwohnern müssen Taxi- und Mietwagenfahrer zudem eine Ortskundeprüfung zum Nachweis ausreichender Ortskenntnisse absolvieren.

1256. Zusätzlich zu diesen Anforderungen an die Fahrer existieren weitere Anforderungen an die Unternehmer, welche entgeltliche Personenbeförderung, d. h. Taxi- oder Mietwagenverkehr, anbieten möchten. Sie müssen über eine Konzession verfügen, welche gemäß § 13 PBefG nur erteilt wird, wenn der Antragsteller persönlich zuverlässig und fachlich geeignet ist.[81] Außerdem muss die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gewährleistet sein. Die persönliche Zuverlässigkeit wird wie bei den Fahrern durch die Vorlage unterschiedlicher Registerauszüge, wie etwa dem Führungszeugnis, nachgewiesen. Die fachliche Eignung wird in der Regel durch eine erfolgreich abgeschlossene Fachkundeprü-

[79] Die Höhe des monetären Vorteils hängt maßgeblich davon ab, welchen Marktanteil die günstigeren Privatanbieter erreichen würden und ob das Taxigewerbe auf die zusätzliche Konkurrenz selbst mit Preissenkungen reagieren würde. Letzteres setzt eine Aufhebung der Tarifpflicht voraus. Vgl. Haucap, J. et al., Chancen der Digitalisierung auf Märkten fur urbane Mobilität: Verbraucherwünsche und neue Anbieter. Eine ökonomische Untersuchung, Gemeinsame Studie von DIW Econ und DICE Consult im Auftrag von Uber, Februar 2015.

[80] Dessen ungeachtet ist zu vermuten, dass sich der Bestellmarkt aufgrund der zunehmenden Verbreitung von Smartphones und der einfachen Nutzung entsprechender Apps in Zukunft zulasten der anderen Marktsegmente ausweiten wird.

[81] Taxikonzessionen sind in Deutschland zudem – im Gegensatz zum Mietwagenverkehr – häufig quantitativ limitiert.

fung für Taxi- und Mietwagenunternehmer bei der IHK bescheinigt. In dieser Prüfung werden unter anderem Kenntnisse des Personenbeförderungs-, Straßenverkehrs, Gewerbe-, Arbeits- und Steuerrechts, Informationen zur kaufmännischen und finanziellen Führung eines Unternehmens sowie technische Aspekte vermittelt.[82]

1257. Gesetzliche Vorschriften bestehen zudem für die zur entgeltlichen Personenbeförderung eingesetzten Fahrzeuge. So schreibt die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) unter anderem vor, dass die Fahrzeuge mindestens auf der rechten Längsseite zwei Türen haben und über eine Alarmanlage verfügen (§ 25 BOKraft). Im Taxiverkehr besteht zudem eine Farbpflicht für die Fahrzeuge (§ 26 Abs. 1 BOKraft), welche allerdings in einigen Bundesländern aufgehoben wurde. Fahrzeuge im Taxiverkehr müssen ferner mit einem Fahrpreisanzeiger (§ 28 BOKraft) bzw. im Mietwagenverkehr mit einem Wegstreckenzähler (§ 30 BOKraft) ausgestattet sein. Außerdem ist gemäß Anlage VIII zu § 29 Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO) bei Personenkraftwagen, die zur Personenbeförderung eingesetzt werden, eine Hauptuntersuchung alle 12 Monate anstatt alle 24 Monate vorgeschrieben.

1258. Die genannten Anforderungen an Fahrer, Unternehmer und Fahrzeuge finden keine Anwendung, wenn das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt, da in diesem Fall keine genehmigungspflichtige Personenbeförderung vorliegt (§ 1 Abs 2 Nr. 1 PBefG). Dies dürfte vor allem bei Mitfahrgelegenheiten der Fall sein, bei denen der Fahrer selbst das Fahrtziel bestimmt und lediglich aus Gefälligkeit oder zur Kostenreduktion Mitfahrer auf Teilstrecken mitnimmt. Die Betriebskosten umfassen allerdings lediglich die verbrauchsbedingten Kosten, insbesondere für Treibstoff, Öl und Reifenabnutzung, und sind nicht identisch mit den Selbstkosten, welche auch die Kosten für das Vorhalten des Fahrzeugs beinhalten, wie etwa Steuern, Versicherung und Abschreibung.[83] Bieten Privatleute demgegenüber mit ihren Privatfahrzeugen individuelle Personenbeförderung gegen Entgelt und mit Gewinnerzielungsabsicht an, wie das bei den diskutierten Vermittlungsdiensten in der Regel der Fall ist, liegt nach geltendem Recht eine gewerbliche Tätigkeit vor. Dementsprechend sind die genannten Mindestanforderungen an Fahrer, Unternehmer und eingesetzte Fahrzeuge einzuhalten. Faktisch kennt das PBefG somit keine entgeltliche Personenbeförderung durch Privatpersonen.

1259. Die Ausführungen zeigen, dass das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit und die hiermit einhergehenden Mindestanforderungen für die entgeltliche Personenbeförderung letztlich von einem Über- oder Unterschreiten der Betriebskosten abhängig sind. Hiermit liegt zwar ein vermeintlich eindeutiges Kriterium für die Abgrenzung von gewerblichen und privaten Beförderungen vor. Allerdings variieren die Betriebskosten je nach Fahrzeugtyp und dürften häufig nur schwer zu bestimmen sein. Zudem liegt die Grenze für die Annahme einer gewerblichen Personenbeförderung relativ niedrig, sodass selbst Privatpersonen, die nur gelegentlich Personen mit ihrem eigenen Fahrzeug entgeltlich befördern, dem Anwendungsbereich des PBefG unterliegen und die geltenden Vorschriften einhalten müssen. Vor diesem Hintergrund wird teilweise kritisiert, dass die bestehenden Anforderungen zu umfangreich für das nur gelegentliche Anbieten entgeltlicher Fahrten seien und innovative Dienste verhindern würden. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass viele der in den USA auf Plattformen aktiven Privatfahrer nicht in Vollzeit tätig seien, sondern den Dienst vor allem zur Generierung eines Zusatzverdienstes oder zur Überbrückung einer vorübergehenden Erwerbslosigkeit nutzen. Für solche Zwecke sei die Möglichkeit, die eigene Arbeitszeit auf Plattformen flexibel und unabhängig zu bestimmen, ein zentraler Vorteil. Eine entsprechende Studie zeigt, dass 55 Prozent der US-amerikanischen Privatfahrer bei Uber weniger als 15 Stunden und 85 Prozent weniger als 35 Stunden pro Woche auf der Plattform arbeiten.[84]

1260. Um Privatpersonen das Anbieten entgeltlicher Personenbeförderung in einem geringen Umfang ohne zu hohe Auflagen zu ermöglichen, wird teilweise die Einführung von Schwellenwerten bzw. einer Bagatellgrenze diskutiert. Demnach könnten beispielsweise Umsatzgrenzen festgelegt werden, bis zu deren Überschreitung einzelne Anforde-

---

[82] Vgl. hierzu z. B. DIHK, Orientierungsrahmen der Industrie- und Handelskammern für die Vorbereitung auf die Fachkundeprüfung für den Taxen- und Mietwagenverkehr, September 2013, https://www.muenchen.ihk.de/de/bildung/Anhaenge/sach-und-fachkunde/verkehr/orientierungsrahmen-taxen-und-mietwagenverkehr.pdf, Abruf am 2. Mai 2016.

[83] Siehe hierzu beispielsweise OLG Hamm, Beschluss vom 13. Januar 2009, 3 Ss OWi 885/08.

[84] Vgl. Hall, J. V./Krueger, A. B., An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the United States, a. a. O., S. 18.

rungen, welche nicht direkt dem Schutz der Verbraucher gelten, entfallen könnten. In Finnland ist beispielsweise geplant, Anbieter bis zu einem jährlichen Umsatz von EUR 10.000 von bestehenden Lizenzierungsanforderungen zu befreien.[85] In Deutschland könnte einzelnen Marktteilnehmern zufolge beispielsweise die umfangreiche Fachkundeprüfung für Taxi- und Mietwagenunternehmer entfallen oder zumindest angepasst werden, weil diese für selbstständige Privatfahrer, insbesondere wenn diese nur gelegentlich tätig sind, nicht im gleichen Maße notwendig sei wie für Anbieter, die der Personenbeförderung dauerhaft zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts nachkommen.

1261. Aus Sicht der Monopolkommission ist mit Blick auf die potenzielle Einführung von Bagatellgrenzen bzw. Schwellenwerten eine differenzierte Betrachtung angezeigt. Nicht erforderlich ist eine Bagatellgrenze zur Unterscheidung von privaten, ohne Gewinnerzielungsabsicht angebotenen Mitfahrgelegenheiten (Ridesharing) und gewerblichen, auf die Gewinnerzielung ausgerichteten Angeboten. Die bestehende Unterscheidung anhand der Betriebskosten und der Verzicht auf strengere regulatorische Anforderungen für Mitfahrgelegenheiten, wie sie für die gewerbliche Personenbeförderung bestehen, erscheint sachgerecht. Um Rechtsunsicherheiten aufgrund einer fehlenden Kenntnis über die genaue Höhe der Betriebskosten zu vermeiden, könnte allerdings eine Überarbeitung des Kriteriums der Betriebskosten sinnvoll sein und beispielsweise ein pauschaler Kostensatz für die verbrauchsbedingten Kosten festgelegt werden.[86]

1262. Hiervon zu unterscheiden ist die nach derzeitiger Rechtslage nicht vorgesehene, durch Privatpersonen mit eigenem Pkw kommerziell erbrachte Personenbeförderung. Sofern diese legalisiert werden sollte, könnte eine Bagatellgrenze, etwa in Form einer Umsatzgrenze oder einer maximalen Anzahl an Arbeitsstunden pro Woche oder pro Monat, dazu dienen, für nur gelegentliche Anbieter geringere Anforderungen im Vergleich zu Unternehmern, die dieser Tätigkeit in größerem Umfang nachkommen, zu definieren. Wesentliches Ziel wäre somit eine Senkung der Marktzutrittsschranken für nur gelegentliche Anbieter. Sofern regulatorische Erleichterungen für Gelegenheitsfahrer eingeführt werden sollten, bestehen aus Sicht der Monopolkommission prinzipiell zwei Möglichkeiten. Zum einen könnten Privat- bzw. Gelegenheitsfahrer bis zu einem bestimmten Ausmaß der Tätigkeit pauschal dem privaten Bereich zugeordnet werden. Die Bagatellgrenze würde in diesem Fall neben regulatorischen Erleichterungen eine eindeutige Abgrenzung zwischen gewerblichen und privaten kommerziell tätigen Anbietern ermöglichen. Zum anderen könnte innerhalb des nach derzeitiger Definition gewerblichen Bereichs der Personenbeförderung, also sobald das Entgelt die Betriebskosten überschreitet, ein Schwellenwert festgesetzt werden. Die Privatfahrer wären in diesem Fall grundsätzlich als gewerbliche Anbieter einzustufen, würden unterhalb des Schwellenwerts aber geringeren regulatorischen Anforderungen unterliegen. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Varianten wäre somit, dass im letzteren Fall unabhängig vom Ausmaß der Tätigkeit ein Gewerbe vorliegen würde.[87]

1263. Sofern solche Bagatellgrenzen bzw. Schwellenwerte eingeführt werden sollten, wäre, unabhängig von der Annahme einer privaten oder gewerblichen Tätigkeit, zu prüfen, welche Anforderungen aufgrund des geringeren Umfangs der Tätigkeit entfallen könnten. Weiterhin notwendig wären in jedem Fall Mindestanforderungen an die Fahrer sowie die eingesetzten Fahrzeuge, um eine sichere Personenbeförderung zu gewährleisten. Ferner müsste ein ausreichender Versicherungsschutz sichergestellt werden, da eine private Kfz-Haftpflichtversicherung auch die nur gelegentliche kommerzielle Personenbeförderung unter Umständen nicht vollumfänglich erfasst.[88] Denkbar wäre hingegen,

---

[85] Finnish Ministry of Transport and Communications, Transport Code enables better transport services and flexible business operations, Pressemitteilung vom 18. April 2016, http://www.lvm.fi/en/-/transport-code-enables-better-transport-services-and-flexible-business-operations, Abruf am 6. Juni 2016.

[86] Siehe hierzu auch Odenwaldkreis, Bedarfsgesteuerte Mobilitätsangebote. Flexible und alternative Bedienungsformen, 15. Januar 2016, S. 23 f.

[87] Dementsprechend wäre in diesem Fall eine Gewerbeanmeldung erforderlich. Die Gewerbesteuer würde aufgrund des angenommenen nur geringen Umfangs der Tätigkeit und des bestehenden Freibetrags von EUR 24.500 Gewinn allerdings entfallen. Die Einkünfte wären in beiden Fällen zu versteuern.

[88] Die Fahrgäste sind zwar auch dann versichert, wenn der Fahrer seiner Versicherung nicht mitgeteilt hat, dass er die Personenbeförderung kommerziell betreibt. Allerdings kann im Schadensfall ein erhebliches Haftungsrisiko für den Fahrer bestehen und dieser von der Versicherung in Regress genommen werden. Siehe hierzu z. B. Zeit Online, Die Risiken für Uber-Fahrer, 10. September 2014, http://www.zeit.de/mobilitaet/2014-09/uber-nutzer-versicherungen, Abruf am 2. Mai 2016.

dass die Fachkundeprüfung für Taxi- und Mietwagenunternehmer unterhalb des definierten Schwellenwertes entfällt oder zumindest inhaltlich angepasst wird.

1264. Ob die Einführung von Schwellenwerten zur Reduzierung des regulatorischen Anforderungskatalogs für Gelegenheitsfahrer tatsächlich zweckmäßig ist, wäre aus Sicht der Monopolkommission näher zu prüfen. So könnte etwa das Erfordernis einer umfangreichen Fachkundeprüfung speziell mit Blick auf über P2P-Dienste vermittelte Privatfahrer unabhängig von einer etwaigen Bagatellgrenze verneint werden, da diese als Soloselbstständige keine Angestellten haben und im Wesentlichen als Fahrer agieren. Nach vorliegenden Informationen existieren auch in den USA, wo bisher die meisten Erfahrungen mit der Regulierung entsprechender Vermittlungsdienste gemacht wurden, keine Bagatellgrenzen, sodass die spezifisch für diese Dienste erlassenen Regelungen unabhängig vom Umfang der Tätigkeit Anwendung finden. Ungeachtet der Einführung etwaiger Schwellenwerte sollten aus Sicht der Monopolkommission auch hierzulande für über Plattformdienste vermittelte Privatfahrer spezifische Regelungen erlassen werden.[89]

1265. Abzulehnen sind aus Wettbewerbssicht schließlich etwaige „Bagatellgrenzen“ im Sinne umfangreicher steuerlicher Freibeträge für Privat- bzw. Gelegenheitsanbieter. Diese würden einen ungerechtfertigten Kosten- und damit Wettbewerbsvorteil gegenüber traditionellen Taxi- und Mietwagenunternehmen darstellen. Davon abgesehen besteht mit der Kleinunternehmerregelung im Umsatzsteuerrecht bereits heute eine Erleichterung für Betriebe mit geringen Umsätzen.

2.6.3 Ordnungsrahmen für Vermittlungsdienste für Privatfahrer

1266. Wie soeben dargestellt, ist eine entgeltliche Beförderung durch Privatpersonen in Deutschland nach dem aktuellen Rechtsrahmen des PBefG nicht vorgesehen. Im Gegensatz zu Deutschland und den meisten anderen europäischen Ländern wurde in einigen US-amerikanischen Bundesstaaten bzw. Städten ein Ordnungsrahmen für Vermittlungsdienste für Privatfahrer geschaffen. Wie bereits ausgeführt, wurden für diese Dienste in der Regel eine eigene Beförderungskategorie, die sogenannten *Transportation Network Companies* (TNC), eingeführt und Mindestanforderungen zur Qualifikation der Privatfahrer, den Zustand der Fahrzeuge und den Versicherungsschutz gesetzlich definiert.[90] Die konkreten Mindestanforderungen variieren zwischen den einzelnen Bundesstaaten bzw. Städten.

1267. Sofern sich der Gesetzgeber entschließen sollte, neben dem bestehenden Taxi- und Mietwagenverkehr ein Angebot mit Privat-/Gelegenheitsfahrern in Deutschland zuzulassen, könnte für diese Dienste hierzulande ein ähnlicher Ordnungsrahmen wie in den USA geschaffen werden. Hierdurch könnte die Angebotsvielfalt und damit der Wettbewerb im Bereich der individuellen Personenbeförderung erhöht und interessierten Personen eine flexible zusätzliche Einkommensmöglichkeit eröffnet werden.[91] Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den unterschiedlichen Angebotsformen sollte die Schaffung eines solchen Ordnungsrahmens allerdings idealerweise mit einer umfangreichen Reform des PBefG bzw. einer Liberalisierung des traditionellen Taxi- und Mietwagenverkehrs einhergehen, welche den Besonderheiten der einzelnen Marktsegmente (Bestell-, Warte- und Winkmarkt) Rechnung trägt. Im Folgenden wird zunächst aufgezeigt, welche Mindestanforderungen für die Fahrer und eingesetzten Fahrzeuge gelten sollten, um eine sichere Personenbeförderung zu gewährleisten. Außerdem wird überprüft, welche spezifischen Auflagen für die Vermittlungsdienste erforderlich sind.

2.6.3.1 Mindestanforderungen an Fahrer und Fahrzeuge

1268. Eine Regulierung von Märkten kann aus ökonomischer Sicht vor allem zur Vermeidung eines Marktversagens angezeigt sein. Ein solches Marktversagen kann bei der Personenbeförderung insbesondere aufgrund von Informati-

89 Zur Schaffung eines angemessenen Ordnungsrahmens für Privatfahrer siehe die Ausführungen im folgenden Abschnitt 2.6.3.

90 Siehe hierzu Tz. 1252 in diesem Gutachten.

91 Eine Studie für mehrere US-amerikanische Städte kommt zu dem Ergebnis, dass 31 Prozent der Uber-Fahrer zusätzlich einen Vollzeitjob und 30 Prozent einen Teilzeitjob haben. 38 Prozent der Fahrer üben neben der Betätigung als Fahrer für Uber keinen weiteren Job aus. Wenig überraschend sind letztere im Schnitt mehr Stunden pro Woche als Uber-Fahrer tätig. Von diesen arbeiten rund ein Drittel mehr als 35 Stunden pro Woche auf der Plattform. Vgl. Hall, J. V./Krueger, A.B., An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States, a. a. O., S. 10.

onsasymmetrien auftreten. Diese Informationsasymmetrien sind infolge des technologischen Fortschritts in den vergangenen Jahren zwar stark zurückgegangen. Dies betrifft allerdings vornehmlich objektiv wahrnehmbare Aspekte, wie etwa die Sauberkeit der Fahrzeuge oder die Freundlichkeit der Fahrer, welche von den Fahrgästen beispielsweise im Rahmen von Bewertungssystemen beurteilt werden können. Anders gestaltet sich dies bei nicht objektiv zu beurteilenden Qualitätsaspekten, wie etwa der fachlichen Eignung der Fahrer zur Personenbeförderung oder der Verkehrssicherheit der Fahrzeuge. Um die Qualität der Dienstleistung sicherzustellen, bestehen daher für das traditionelle Taxi- und Mietwagengewerbe – wie bereits ausgeführt – qualitative Mindestanforderungen an die Fahrer und die zur Personenbeförderung eingesetzten Fahrzeuge. Da aufgrund der besonderen Gefahrensituation im Straßenverkehr angemessene Mindeststandards grundsätzlich unabhängig davon gelten sollten, ob die Fahrgastbeförderung professionell und dauerhaft oder nur gelegentlich ausgeführt wird, sind entsprechende Regelungen auch für Vermittlungsdienste für Privatfahrer erforderlich.

1269. Notwendig sind qualitative Mindestanforderungen zunächst mit Blick auf die von den Plattformdiensten vermittelten Fahrer. Um eine sichere Personenbeförderung zu gewährleisten, sollten diese – wie Taxi- und Mietwagenfahrer – über eine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung verfügen. Dies bedeutet, wie bereits ausgeführt, dass die Fahrer mindestens einen Führerschein der Klasse B besitzen, 21 Jahre alt sind und charakterlich und gesundheitlich für die Beförderung von Fahrgästen geeignet sind, was durch entsprechende Dokumente nachzuweisen ist. Nicht notwendig ist hingegen aufgrund der inzwischen weit verbreiteten Navigationstechnologie der Nachweis ausreichender Ortskenntnisse, zumal die Navigation mittels Smartphone und GPS dem Geschäftsmodell der Vermittlungsdienste inhärent ist. Gerade für potenzielle Gelegenheitsfahrer kann der mit einer solchen Prüfung einhergehende Zeitaufwand, selbst bei vergleichsweise geringen monetären Kosten, eine erhebliche Markteintrittsbarriere darstellen. Davon abgesehen sollte die Ortskundeprüfung auch für Taxi- und Mietwagenfahrer abgeschafft werden.[92]

1270. Sinnvoll wäre es zudem, wenn die Behörden den Fahrern eine eindeutige Identifikationsnummer zuweisen würden, welche bei der Registrierung bzw. Anmeldung bei einem Plattformdienst von den Fahrern anzugeben und von den Plattformdiensten zu überprüfen ist. So könnte beispielsweise sichergestellt werden, dass die Fahrer durch die sequenzielle Nutzung unterschiedlicher Plattformdienste etwaige Vorschriften zu Lenk- und Ruhezeiten, sofern diese eingeführt werden sollten, nicht umgehen. Hierdurch könnten z. B. Sicherheitsrisiken für die Fahrgäste durch übermüdete Fahrer weitgehend ausgeschlossen werden.

1271. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass die Privatfahrer von den Plattformdiensten in der Regel als selbstständige Vertragspartner eingestuft werden.[93] Sofern diese Klassifizierung zutreffend ist, müssen die Fahrer als selbstständige Unternehmer nach geltender Rechtslage über eine Genehmigung für die Personenbeförderung verfügen. Hierfür müssen sie insbesondere ihre persönliche Zuverlässigkeit und ihre fachliche Eignung als Unternehmer nachweisen.[94] Letzteres erfolgt – wie bereits ausgeführt – durch eine umfangreiche Fachkundeprüfung für Taxi- und Mietwagenunternehmer. Ob eine solche Fachkundeprüfung auch für selbstständige Fahrer notwendig ist, die lediglich Fahraufträge über digitale Plattformdienste entgegennehmen und ausführen und keine eigenen Angestellten haben, ist fraglich. Zumindest für nur gelegentlich bzw. geringfügig tätige Privatfahrer erscheint der Verzicht auf eine umfangreiche Fachkundeprüfung vertretbar. Davon abgesehen könnte überlegt werden, eine spezifische, weniger umfangreiche Fachkundeprüfung für selbstständige Fahrer, die nur über Vermittlungsplattformen Fahraufträge entgegennehmen und keine Angestellten haben, einzuführen.[95]

---

92 Siehe hierzu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 235. Wenn überhaupt sollte Fahrern, welche kein Navigationssystem nutzen, der Nachweis ausreichender Ortskenntnisse vorgeschrieben werden. Dieser Fall dürfte allerdings in der Praxis kaum noch von Belang sein.

93 Ob diese Klassifizierung zutreffend ist, ist umstritten und teilweise auch Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. So wurde beispielsweise in den USA erst kürzlich eine Sammelklage durch einen Vergleich mit der Zahlung von USD 100 Mio. beigelegt. Eine juristische Klärung des bestehenden Vertrags- bzw. Beschäftigungsverhältnisses wäre zur Schaffung von Rechtssicherheit in Deutschland sinnvoll.

94 Außerdem muss die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gewährleistet sein.

95 Im Gegensatz zur bestehenden IHK-Prüfung könnten beispielsweise Inhalte zu arbeitsrechtlichen Aspekten entfallen.

1272. Mit Blick auf die zur Personenbeförderung eingesetzten Fahrzeuge muss vor allem die Verkehrssicherheit gewährleistet sein. Da die Verbraucher und teilweise auch die Fahrer häufig nur den äußeren Zustand, nicht aber die tatsächliche Verkehrssicherheit der Fahrzeuge beurteilen können, bedarf es hierzu neben gesetzlicher Vorgaben regelmäßiger Überprüfungen durch zertifizierte Institutionen wie den TÜV.[96] Für Privatfahrzeuge bestehen zwar auch gesetzliche Regelungen, diese sind allerdings weniger streng als die für zur gewerblichen Personenbeförderung eingesetzten Fahrzeuge. Dies betrifft insbesondere die Hauptuntersuchung, welche bei Privatfahrzeugen nur alle 24 Monate erforderlich ist, im Gegensatz zu 12 Monaten bei gewerblich genutzten Fahrzeugen.[97] Insofern ist zu überlegen, ob eine jährliche Hauptuntersuchung auch bei zur Personenbeförderung eingesetzten Privatfahrzeugen notwendig ist. Da eine solche Pflicht keine allzu hohe Markteintrittsbarriere darstellt, wäre dies zwar prinzipiell zur Gewährleistung einer sicheren Personenbeförderung zu vertreten. Alternativ hierzu könnte allerdings beispielsweise auch ein Untersuchungsintervall anhand der gefahrenen Kilometer vorgeschrieben werden. Hierdurch könnte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die von Privat-/Gelegenheitsfahrern eingesetzten Fahrzeuge vermutlich deutlich weniger Kilometer im Jahr gefahren werden als jene von Taxi- und Mietwagenunternehmen, insbesondere wenn letztere von mehreren Fahrern genutzt werden. Eine neue Hauptuntersuchung wäre sodann entweder nach 24 Monaten oder bei Erreichen der Kilometergrenze erforderlich.

1273. Nicht notwendig ist demgegenüber die Ausrüstung der Privatfahrzeuge mit einem separaten Fahrpreisanzeiger (Taxiverkehr) bzw. Wegstreckenzähler (Mietwagenverkehr). Da der gefahrene Weg durch eine Smartphone-App mittels GPS aufgezeichnet und der Preis dem Fahrer sowie dem Fahrgast mittels dieser App direkt kommuniziert wird, ist eine Manipulation der gefahrenen Wegstrecke oder des Fahrpreises weitgehend ausgeschlossen. Eine etwaige Übervorteilung der Fahrgäste durch das Fahren von Umwegen lässt sich zudem im Nachhinein gezielt feststellen. Nicht notwendig sind zudem gesetzliche Vorschriften zu von den Fahrgästen eindeutig beobachtbaren Merkmalen, wie etwa zur Anzahl der Sitzplätze und Türen oder zur Farbe der Fahrzeuge. So spricht beispielsweise nichts dagegen, neben höherklassigen Fahrzeugen und Kompaktwagen auch Kleinwagen für die Personenbeförderung zuzulassen. Wichtig ist lediglich, dass die Fahrzeuge verkehrssicher sind und die Nutzer sich über die Art des Fahrzeugs vor der Buchung informieren können. Entsprechende Vorgaben können daher den Vermittlungsdiensten überlassen werden, welche gegebenenfalls unterschiedliche Qualitätsstufen zu unterschiedlichen Preisen anbieten können.

2.6.3.2 Anforderungen an Vermittlungsdienste

1274. Neben regulatorischen Vorschriften zur Qualifikation der Fahrer und zur Verkehrssicherheit der Fahrzeuge ist es aus Sicht der Monopolkommission erforderlich, spezifische Anforderungen an die Vermittlungsdienste gesetzlich zu verankern. Dies erscheint insbesondere deshalb sachgerecht, weil diese Dienste im Vergleich zu traditionellen Vermittlern wie beispielsweise Taxizentralen stärker in das Marktgeschehen eingreifen und neben der Vermittlung häufig zusätzliche Aufgaben, wie etwa die Preissetzung, übernehmen. Zudem könnte durch einen eindeutigen gesetzlichen Rahmen Rechtssicherheit für die neuen Diensteanbieter geschaffen werden.

1275. Prinzipiell bietet es sich aus Sicht der Monopolkommission an, analog zum Vorgehen in einigen US-amerikanischen Städten und Bundesstaaten, im PBefG eine neue Beförderungskategorie für entsprechende Vermittlungsdienste einzuführen. Die Vermittlungsdienste sollten für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine nicht-limitierte Lizenz benötigen, welche ihnen gegebenenfalls wieder entzogen werden könnte. Sie würden lediglich – ähnlich zum klassischen Mietwagenverkehr – den Bestellmarkt bedienen, d. h., die von ihnen vermittelten Fahrer dürften lediglich Beförderungsaufträge durchführen, welche sie über die App des Plattformanbieters erhalten haben. Eine Bedienung des Warte- und Winkmarktes, d. h. die Mitnahme von Fahrgästen von Taxiständen oder vom Straßenrand, wäre weiterhin konzessionierten Taxis vorbehalten. Die Fahrer dürften allerdings selbstverständlich Personen vom Straßenrand mitnehmen, welche zuvor eine Bestellung über die App getätigt haben.

---

96 Vgl. Peitz, M./Schwalbe, U., Zwischen Sozialromantik und Neoliberalismus – zur Ökonomie der Sharing-Economy, a. a. O., S. 25.

97 Gemäß der Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften ist eine jährliche Untersuchung auch bei Firmen-Pkws notwendig.

1276. Eine wesentliche Aufgabe der Plattformbetreiber wäre zu überprüfen, dass die Fahrer sowie die zur Beförderung eingesetzten Fahrzeuge die gesetzlich definierten qualitativen Mindestanforderungen erfüllen. Die Rolle der Vermittlungsdienste könnte sich hierbei im Wesentlichen auf eine kontinuierliche Kontrolle der Gültigkeit der von den Behörden bzw. zertifizierten Institutionen ausgestellten Dokumente und Nachweise beschränken. Dies sollte, soweit möglich, idealerweise in Echtzeit durch die Nutzung digitaler Informations- und Kommunikationstechnologien erfolgen (E-Government). Fahrer, die selbst oder deren Fahrzeuge die gesetzlich definierten Mindestanforderungen nicht oder nicht mehr erfüllen, sollten von der Nutzung der Plattform ausgeschlossen werden. Hierdurch könnte eine permanente Sicherheits- und Qualitätskontrolle gewährleistet werden.

1277. Eine weitere Aufgabe der Plattformdienste wäre die Sicherstellung eines ausreichenden Versicherungsschutzes. Die Plattformdienste sollten prinzipiell dafür verantwortlich sein, dass die Fahrer und damit letztlich auch die Fahrgäste während der Fahrt ausreichend versichert sind. Dies könnte entweder durch eine Versicherungspflicht für die Plattformdienste selbst oder im Rahmen einer Pflicht zur Überprüfung des bei den Fahrern bestehenden Versicherungsschutzes bewerkstelligt werden. Für eine Versicherungspflicht der Plattformanbieter selbst könnte sprechen, dass hierdurch etwaige Schutzlücken besser adressiert werden. Eine solche Vorgabe besteht beispielsweise in vielen Bundesstaaten der USA, wo Versicherungsunternehmen entsprechende Produkte entwickelt haben. Sofern stattdessen von den Fahrern eine ausreichende Versicherung gefordert wird, haben die Vermittlungsdienste sicherzustellen, dass diese auch die (gelegentliche) entgeltliche Personenbeförderung abdeckt. Dies ist zumindest bei einer regulären Kfz-Haftpflichtversicherung in der Regel nicht der Fall.

1278. Da die Vermittlungsdienste lediglich im Bestellmarkt tätig wären, der von einer hohen Markttransparenz geprägt ist, wäre eine Regulierung der Preise zum Schutz der Verbraucher aus ökonomischer Sicht nicht erforderlich. Dies gilt zumindest solange keine Marktbeherrschung vorliegt. Wichtig ist allerdings, dass den Fahrgästen die jeweiligen Preise vor Fahrtbestellung angezeigt werden. Auch wenn dies nach Kenntnis der Monopolkommission bei den bekannten Anbietern derzeit der Fall ist, sollte hierzu eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung erfolgen. Unter solchen Marktbedingungen spricht aus ökonomischer Sicht auch wenig gegen flexible, anhand von Angebot und Nachfrage schwankende Preise. Sofern aus nicht-ökonomischen Gründen eine zu starke Schwankung der Preise vermieden werden soll, könnte gegebenenfalls überlegt werden, eine Obergrenze für mögliche Preissteigerungen festzulegen. Dies könnte insbesondere im Fall von Notsituationen wie schweren Unwettern angezeigt sein. Entsprechende Vereinbarungen zur Limitierung der Multiplikatoren des sogenannten „Surge Pricing“ wurden beispielsweise von Uber in den USA getroffen.[98] Alternativ ist hierzulande auch eine gesetzliche Verpflichtung zur Limitierung von Preisschwankungen in bestimmten Situationen denkbar.

1279. Zur Preisgestaltung ist abschließend noch anzumerken, dass aus kartellrechtlicher Sicht unter Umständen von Bedeutung ist, wie die Preise auf den Plattformdiensten festgesetzt werden. Grundsätzlich bestehen diesbezüglich vor allem zwei Möglichkeiten. Entweder legen die Vermittlungsdienste die Preise für die Fahrer selbst zentral fest, beispielsweise in Abhängigkeit von der Fahrzeugkategorie, oder sie überlassen die Preisgestaltung den einzelnen Fahrern. Problematisch kann aus kartellrechtlicher Sicht insbesondere die zentrale Festlegung der Preise durch den Vermittlungsdienst sein. Relevant für die Beurteilung ist vor allem das zwischen den Plattformdiensten und den Fahrern bestehende Vertrags- bzw. Arbeitsverhältnis. Liegt ein Angestelltenverhältnis vor, ist eine zentrale Preissetzung durch den Vermittlungsdienst als Arbeitgeber unproblematisch. Werden die Fahrer hingegen als selbstständige Vertragspartner eingestuft, wie das in der Regel der Fall ist, könnte unter Umständen eine verbotene über den Vermittlungsdienst koordinierte Preisabsprache zwischen den selbstständigen Fahrern des Plattformdienstes vorliegen. Aus ökonomischer Sicht bestehen allerdings zumindest solange keine Bedenken hinsichtlich einer möglichen Kartellierung des Marktes, solange der Marktanteil der jeweiligen Plattformen gering ist. Die kartellrechtliche Zulässigkeit muss gegebenenfalls von den Wettbewerbsbehörden und -gerichten überprüft werden.

---

[98] Eine solche Vereinbarung wurde zunächst für New York getroffen und anschließend auf die gesamten Vereinigten Staaten ausgeweitet. Siehe hierzu New York City Press Office, A.G. Schneiderman Announces Agreement With Uber To Cap Pricing During Emergencies And Natural Disasters, Pressemitteilung vom 8. Juli 2014, http://ag.ny.gov/press-release/ag-schneiderman-announces-agreement-uber-cap-pricing-during-emergencies-and-natural, Abruf am 20. Mai 2016.

2.6.4 Liberalisierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs

1280. Neben einem Ordnungsrahmen für Vermittlungsdienste von Privatfahrern ist aus Sicht der Monopolkommission zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen eine grundsätzliche Überarbeitung des Ordnungsrahmens für den Taxi- und Mietwagenverkehr geboten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass traditionelle Unternehmen aufgrund nur eingeschränkter Reaktionsmöglichkeiten, insbesondere eingeschränkter Preissetzungsmöglichkeiten, aus dem Markt gedrängt werden.[99] Die Monopolkommission verweist insofern im Folgenden auf wesentliche Ausführungen ihres XX. Hauptgutachtens, in dem sie eine Liberalisierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs unter Beibehaltung notwendiger qualitativer Mindestanforderungen empfohlen hat.[100] Nicht (mehr) notwendige Regulierungen sollten konsequent abgebaut werden.

1281. Im Taxiverkehr sollte zunächst die in vielen Regionen bestehende quantitative Konzessionsbeschränkung, die den Marktzutritt von Taxiunternehmern begrenzt, aufgehoben werden. Möglicherweise waren solche quantitativen Beschränkungen zu früheren Zeiten notwendig, um Investitionsanreize zu setzen und das Entstehen eines Taximarktes erst zu ermöglichen.[101] Heutzutage ist eine solche Beschränkung des Marktzutritts allerdings nicht länger erforderlich. Insbesondere ist keine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes infolge von Überkapazitäten zu befürchten, da lediglich geringe Marktaustrittsbarrieren bestehen und ein funktionsfähiger Gebrauchtwagenmarkt existiert. Dies zeigen nicht zuletzt die Erfahrungen von Städten wie Berlin und Hamburg, die auf eine solche Limitierung verzichten. Die objektiven Zulassungskriterien des § 13 Abs. 4 PBefG zur Genehmigung des Taxiverkehrs sollten daher aufgehoben werden.

1282. Darüber hinaus sollte die im Taxiverkehr bestehende Tarifpflicht (§ 51 i. V. m. § 39 Abs. 3 PBefG) aufgehoben oder zumindest gelockert werden. Während für den Warte- und Winkmarkt gegebenenfalls Höchstpreise festgelegt werden könnten, sollte im Bestellmarkt, der für das Wettbewerbsverhältnis zwischen Taxis und Vermittlungsdiensten für Privatfahrer besonders relevant ist, prinzipiell eine freie Preissetzung möglich sein. Eine Tarifpflicht zum Schutz der Fahrgäste vor Übervorteilung ist gerade im Bestellmarkt nicht notwendig, da praktisch keine Informationsasymmetrien bezüglich des Preises bestehen und die Fahrgäste aufgrund der hohen Markttransparenz in der Lage sind, Preisvergleiche relativ einfach vorzunehmen. Eine Preisregulierung in Form von Höchstpreisen wäre hier allenfalls bei einer sehr geringen Anbieterzahl erforderlich. Durch eine Aufhebung oder zumindest Lockerung der Tarifpflicht könnten Taxis in die Lage versetzt werden, mit den neuen Vermittlungsdiensten nicht nur qualitativ, sondern auch preislich zu konkurrieren. Insbesondere in nachfrageschwachen Zeiten könnte durch Preisreduzierungen eine zusätzliche Nachfrage generiert werden. Zudem könnte hierdurch eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen auch im Taxiverkehr ermöglicht werden.

1283. Zusätzlich zu diesen Änderungen im Taxiverkehr sollten auch im Mietwagenverkehr regulatorische Anpassungen zur Steigerung des Wettbewerbs vorgenommen werden. Angepasst bzw. aufgehoben werden sollten vor allem die Vorschriften, dass der Beförderungsauftrag fernmündlich am Betriebssitz des Mietwagenunternehmers eingehen muss und dass die Mietwagen nach jeder Beförderung unverzüglich zum Betriebssitz zurückkehren müssen, sofern kein neuer Beförderungsauftrag vorliegt (§ 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG). Während die erste Vorschrift technologisch überholt ist und die Möglichkeit zur Vermittlung von Mietwagen über digitale Vermittlungsplattformen einschränkt, führt letztere, die sogenannte Rückkehrpflicht, zu ökonomisch wie ökologisch fragwürdigen Leerfahrten.

1284. Fortbestehen sollten im Taxi- und Mietwagenverkehr aufgrund bestehender Informationsasymmetrien hingegen qualitative Mindestanforderungen zu von den Fahrgästen nicht-beobachtbaren Qualitätsaspekten. Dies betrifft vor allem Anforderungen an die Verkehrssicherheit der Fahrzeuge und die fachliche und persönliche Eignung der Fahrer. Eine Ortskundeprüfung ist demgegenüber aufgrund der weiten Verbreitung von Navigationsgeräten nicht mehr erforderlich.

---

[99] Dies dürfte ein Grund für den eingangs dargestellten Rückgang an Taxifahrten in den USA sein.

[100] Vgl. zu den folgenden Ausführungen Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 230-265.

[101] Vgl. Peitz, M./Schwalbe, U., Zwischen Sozialromantik und Neoliberalismus – zur Ökonomie der Sharing-Economy, a. a. O., S. 25.

1285. Durch die Umsetzung der genannten Empfehlungen könnte ein moderner und wettbewerblicher Ordnungsrahmen für die individuelle Personenbeförderung geschaffen werden, der den Besonderheiten der einzelnen Marktsegmente, d. h. des Bestell-, Warte- und Winkmarkts besser Rechnung trägt. Hierdurch könnte zum einen der Wettbewerb im Taxi- und Mietwagenverkehr gestärkt werden. Zum anderen könnten Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Anbietern und den neuen Vermittlungsdiensten für Privatfahrer, sofern diese in Deutschland zugelassen werden sollten, verhindert werden. Insbesondere das Taxigewerbe würde in die Lage versetzt, nicht nur qualitativ, sondern auch preislich mit den neuen Vermittlungsdiensten zu konkurrieren. Von der größeren Angebotsvielfalt würden vor allem die Verbraucher profitieren, die selbst entscheiden könnten, welche Beförderungsformen ihren Bedürfnissen am besten entsprechen. Ein Beibehalten der derzeitigen Regulierung in Kombination mit einem Verbot der neuen Vermittlungsdienste würde demgegenüber zu einer Abschottung des Taxi- und Mietwagenverkehrs zulasten der Verbraucher führen.

1286. Gegen einen solchen wettbewerblichen Ordnungsrahmen wird teilweise vorgebracht, dass ein weitgehend liberalisierter Taxiverkehr ohne Tarifpflicht nicht das öffentliche Verkehrsinteresse an einem flächendeckend hochverfügbaren Beförderungsangebot zu bezahlbaren Preisen sicherstellen könnte.[102] Befürchtet wird insbesondere ein Rückgang und eine deutliche Verteuerung des Angebots in ländlichen Regionen. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieser Einwand nicht nachvollziehbar. Zunächst ist unklar, ob die politisch gewünschte Mindestversorgung im ländlichen Raum in Anbetracht des demografischen Wandels durch den bestehenden Ordnungsrahmen tatsächlich gewährleistet wird. So wird etwa selbst seitens des deutschen Taxi- und Mietwagenverbands (BZP) darauf hingewiesen, dass der Taxiverkehr in immer mehr Regionen Deutschlands nicht mehr wirtschaftlich tragfähig durchzuführen sei und viele frühere Taxiunternehmer nur noch Mietwagenverkehr anbieten würden, welcher mit keiner Betriebs- und Beförderungspflicht einhergehe.[103] Bereits auf zehn Prozent der Fläche Deutschlands gebe es demnach keine Taxiunternehmer mehr. Aus Sicht der Monopolkommission ist dies ein Indiz dafür, dass die bestehende Regulierung das Ziel einer Grundversorgung der Bevölkerung mit Individualmobilität zumindest nicht in jedem Fall erreicht.

1287. Davon abgesehen ist die Lage in ländlichen Gebieten differenziert zu betrachten. Die Wirkungen einer Liberalisierung des Taxiverkehrs dürfte gerade in ländlichen Regionen maßgeblich von den spezifischen Marktbedingungen abhängen. Diesen sollte der jeweils geltende Ordnungsrahmen Rechnung tragen. Sofern ein wirtschaftlich tragfähiger Markteintritt möglich ist, dürfte eine nur auf qualitativen Kriterien basierende Marktzugangsbeschränkung grundsätzlich auch in ländlichen Gebieten zu einer Erhöhung des Angebots im Sinne einer höheren Anbieterzahl führen. Eine geringere Anzahl von Anbietern im Vergleich zum Status quo ist demgegenüber nicht zu erwarten, da ein Marktaustritt für etablierte Anbieter bei mangelnder Wirtschaftlichkeit bereits heute jederzeit möglich ist. Sofern aufgrund der regionalen Marktbedingungen nur wenige Anbieter tätig sind und sich keine Wettbewerbspreise im Zuge einer Aufhebung der Tarifpflicht herausbilden sollten, könnten deutliche Preissteigerungen durch eine Preisregulierung in Form von Höchstpreisen verhindert werden. Hierdurch wären zum einen die Verbraucher vor überhöhten Preisen geschützt, zum anderen könnten die Anbieter durch Preissenkungen gerade in nachfrageschwachen Zeiten ihre Auslastung erhöhen. Einem geringeren Angebot zu besonders nachfrageschwachen, trotz Preisanpassungen nicht wirtschaftlich zu bedienenden Tageszeiten kann gegebenenfalls durch die Beibehaltung der Betriebspflicht begegnet werden. Alternativ könnten die zuständigen Behörden die Bedienung von Randzeiten ausschreiben, sodass einzelne Unternehmen die Sicherstellung einer Mindestversorgung zu einem bestimmten Preis übernehmen.[104]

1288. Ungeachtet der spezifischen Wirkungen einer Liberalisierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs in ländlichen Gebieten, sollten aus Sicht der Monopolkommission diesbezügliche Bedenken nicht zum Anlass genommen werden, auf die Schaffung eines wettbewerblichen Ordnungsrahmens gerade in städtischen Gebieten zu verzichten. Auch die

---

[102] Siehe hierzu z. B. die Stellungnahme der Bundesregierung zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 18/4721 vom 22. April 2015, Tz. 27-34, http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/047/1804721.pdf, Abruf am 30. Mai 2016.

[103] Vgl. Böhm, R., Großer ÖPNV und Taxi wachsen zusammen, Auszug aus BZP-Report 2/2014, http://www.bzp.org/Content/MELDUNGEN/2014/_Kommentar_von_BZP-Vorstand_Roland_Boehm_OePNV__Taxi_wachsen_ zusammen.php, Abruf am 20. Juni 2016.

[104] Für einen solchen Vorschlag siehe z. B. cnetz, cnetz fordert Reform des PBefG, Beschluss des cnetz e. V. zur Reform des Personenbeförderungsgesetzes vom 18. April 2016, http://c-netz.de/2016/04/18/cnetz-fordert-reform-des-pbefg, Abruf am 20. Mai 2016.

Bundesregierung weist in ihrer Stellungnahme zum XX. Hauptgutachten darauf hin, dass eine Liberalisierung des Taxiverkehrs in wirtschaftlich attraktiven Gegenden zu einem größeren Angebot und einem entsprechenden Preisdruck führen dürfte.[105] Unterschiedliche Marktbedingungen in ländlichen und städtischen Gebieten können insofern nach unterschiedlichen Regelungen für den Taxi- und Mietwagenverkehr verlangen.

2.6.5 Zusammenfassung

1289. Die Digitalisierung hat im Bereich der Personenbeförderung zur Entstehung digitaler Vermittlungsdienste geführt, welche sogenannte Privatfahrer vermitteln, die mit ihren eigenen Privatfahrzeugen (gelegentlich) entgeltliche Personenbeförderung betreiben. Diese Dienste haben vor allem in den USA zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich der individuellen Personenbeförderung geführt. Dort ist einerseits eine teilweise Substitution von Taxifahrten, andererseits aber auch eine Erweiterung des Marktes der individuellen Personenbeförderung festzustellen. Von dem gestiegenen Wettbewerb haben vor allem die Verbraucher in Form oftmals niedrigerer Preise der neuen Dienstleister sowie einer insgesamt höheren Angebotsvielfalt und gestiegenen Qualität der individuellen Personenbeförderung profitiert. Letzteres betrifft auch auch das Angebot von traditionellen Taxiunternehmen, welche auf den zunehmenden Wettbewerbsdruck im Rahmen ihrer regulatorischen Möglichkeiten teilweise mit Qualitätssteigerungen reagiert haben.

1290. In Deutschland steht die Vermittlung von Privatfahrern in Konflikt mit dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Entsprechende Dienste wurden von den Gerichten und zuständigen Behörden verboten. Wesentlicher Grund hierfür ist, dass die vermittelten Privatfahrer keine Genehmigung zur Personenbeförderung nach dem PBefG haben. Damit entsprechende Vermittlungsdienste in Deutschland rechtssicher operieren können, bedarf es einer Anpassung des PBefG.

1291. Die Monopolkommission spricht sich zur Stärkung des Wettbewerbs im Bereich der individuellen Personenbeförderung grundsätzlich für eine Reform des PBefG und die Schaffung eines Ordnungsrahmens für Vermittlungsdienste für Privatfahrer aus. Dieser Ordnungsrahmen sollte eine sichere Personenbeförderung zum Schutz von Fahrgästen gewährleisten und könnte sich im Grundsatz an den in den USA getroffenen Regelungen orientieren. Dementsprechend könnte eine eigene Beförderungskategorie für Vermittlungsdienste für Privatfahrer geschaffen und Mindestanforderungen zur Qualifikation der Fahrer sowie zur Verkehrssicherheit der Fahrzeuge gesetzlich verankert werden. Für nur gelegentlich tätige Privatfahrer könnten gegebenenfalls im Hinblick auf nicht-sicherheitsrelevante Kriterien geringere Anforderungen gelten. Hierzu sollte die Möglichkeit der Einführung einer Bagatellgrenze geprüft werden. Darüber hinaus sollte ein hinreichender Versicherungsschutz sichergestellt sein. Hierzu sollten entweder die Vermittlungsdienste selbst eine entsprechende Versicherung bereitstellen oder von den Privatfahrern den Nachweis eines Versicherungsschutzes einholen, welcher auch die kommerzielle Personenbeförderung abdeckt.

1292. Eine Regulierung der Preise der Vermittlungsdienste zum Schutz der Verbraucher ist aus ökonomischer Sicht aufgrund der hohen Markttransparenz nicht erforderlich. Dies gilt zumindest sofern die Plattformdienste nicht über eine marktbeherrschende Stellung und entsprechende Verhaltensspielräume verfügen. Die Anbieter sollten allerdings verpflichtet werden, den Fahrgästen die aktuellen Preise vor Fahrtbestellung anzuzeigen. Sofern aus nicht-ökonomischen Gründen eine zu starke Schwankung der Preise vermieden werden soll, könnte eine Obergrenze für mögliche Preissteigerungen festgelegt werden. Dies könnte insbesondere im Fall von Notsituationen wie schweren Unwettern angezeigt sein.

1293. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sollte zusätzlich zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Vermittlungsdienste für Privatfahrer die Regulierung des Taxi- und Mietwagengewerbes überarbeitet werden. Wie bereits im XX. Hauptgutachten der Monopolkommission ausgeführt, ist im Taxiverkehr eine Aufhebung der häufig bestehenden quantitativen Beschränkungen sowie eine Anpassung der Tarifpflicht geboten. Im Warte- und Winkmarkt könnten zunächst Höchstpreise gelten, im mit Vermittlungsdiensten für Privatfahrer besonders im Wettbewerb stehenden Bestellmarkt sollte eine weitgehend freie Preissetzung möglich sein. Hierdurch könnte gewährleistet werden, dass Ta-

[105] Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission, a. a. O., Tz. 31.

xiunternehmer auf die neue Konkurrenz mit eigenen Preisanpassungen und Angeboten reagieren könnten. Im Mietwagenverkehr sollte die Rückkehrpflicht aufgehoben und klargestellt werden, dass ein Beförderungsauftrag auch über digitale Vermittlungsdienste bei Mietwagenunternehmern eingehen darf.

2.7 Vermittlungsdienste für Privatunterkünfte

1294. Neben Vermittlungsplattformen für Privatfahrer stellen Vermittlungsplattformen für Privatunterkünfte den derzeit am meisten diskutierten Bereich der Sharing Economy dar. Diese Plattformdienste ermöglichen es Privatpersonen, ihre eigene Wohnung oder einzelne Zimmer, beispielsweise bei vorübergehender eigener Abwesenheit, schnell und unkompliziert über das Internet potenziellen Gästen anzubieten. Diese kurzzeitige Vermietung kann prinzipiell sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich erfolgen, wobei entgeltliche Angebote die Regel sind. Die Plattformdienste selbst erheben für ihre Vermittlungstätigkeit in der Regel eine Gebühr, welche von den Vermietern, den potenziellen Gästen oder beiden Nutzergruppen zu entrichten ist. Zudem bieten sie teilweise Zusatzleistungen wie die Zahlungsabwicklung an. In einigen ausländischen Städten übernehmen sie zudem die Erhebung und Abführung von örtlichen Tourismussteuern an die Behörden.

1295. Die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften ist seit jeher ein wichtiger Bestandteil des deutschen Beherbergungssektors. Durch die Möglichkeit der Vermietung über digitale Vermittlungsplattformen hat dieser Bereich in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen. Die zunehmende kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften ist allerdings nicht unumstritten. Während von dieser Entwicklung insbesondere die Privatvermieter, welche bei eigener Abwesenheit einen meist geringen Zusatzverdienst erwirtschaften können, sowie Reisende in Form einer größeren Angebotsvielfalt und im Vergleich zu vielen gewerblichen Unterkünften häufig günstigeren Preisen profitieren, beklagen insbesondere Vertreter der Hotellerie Wettbewerbsverzerrungen aufgrund einer asymmetrischen Regulierung, die zulasten von Verbrauchern, Anwohnern und Steuerzahlern gehe. In der Folge wird häufig eine Ausweitung der strengeren Regulierungsvorschriften der Hotellerie auf die über Sharing Economy-Plattformen vermittelten Privatunterkünfte gefordert.

1296. Aus Wettbewerbssicht ist der intensivere Wettbewerb im Beherbergungssektor grundsätzlich positiv zu beurteilen. Gleichwohl gilt es sicherzustellen, dass zwischen den einzelnen Anbietern faire Wettbewerbsbedingungen herrschen und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden unterschiedliche wettbewerbspolitisch relevante Fragen diskutiert. Nach einer kurzen Darstellung der Marktentwicklung wird zunächst auf die Abgrenzung von privaten und gewerblichen Angeboten eingegangen. Daran anknüpfend werden die wesentlichen ökonomischen Gründe erläutert, die eine Regulierung der kurzzeitigen Vermietung von Privatunterkünften notwendig machen können. Schließlich wird analysiert, ob eine Regulierung der Plattformdienste selbst erforderlich ist.

2.7.1 Marktentwicklung und Wettbewerbswirkungen

1297. Der deutsche Beherbergungssektor ist traditionell von einem differenzierten Angebot geprägt. Für das Jahr 2015 weist die offizielle Beherbergungsstatistik rund 436,2 Mio. Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben auf. Dies entspricht einem Wachstum gegenüber dem Jahr 2014 von rund 2,9 Prozent.[106] Das Gros dieser Übernachtungen entfällt auf Hotels, Gasthöfe und Pensionen. Im Jahr 2015 waren dies ca. 62 Prozent bzw. ca. 272 Mio. Übernachtungen.[107] Die Anzahl der Übernachtungen in Ferienhäusern und Ferienwohnungen belief sich diesen Angaben zufolge im Jahr 2015 auf ca. 32,7 Mio. bzw. ca. 7,5 Prozent. Allerdings beziehen sich diese Angaben lediglich auf Übernachtungen in gewerblichen Ferienwohnungen mit mindestens 10 Schlafgelegenheiten. Neben diese in der offiziellen Beherber-

[106] Vgl. Statistisches Bundesamt, Inlandstourismus 2015: Neuer Rekord mit 436,4 Mio. Gästeübernachtungen, Pressemitteilung vom 11. Februar 2016, 041/16. Die Angaben beziehen sich auf Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben mit 10 und mehr Schlafgelegenheiten bzw. auf Campingplätzen mit 10 und mehr Stellplätzen.

[107] Vgl. Statistisches Bundesamt, Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben nach Betriebsarten, https://www.destatis.de/DE/Zahle nFakten/Wirtschaftsbereiche/BinnenhandelGastgewerbeTourismus/Tourismus/Tabellen/UebernachtungenBetriebsarten.html, Abruf am 10. Juni 2016.

gungsstatistik erfassten Angebote entfallen einer aktuellen Studie für das Jahr 2014 zusätzlich ca. 71,4 Mio. Übernachtungen auf private, nicht-gewerbliche Ferienhäuser.[108] Dementsprechend beläuft sich die Anzahl der Übernachtungen in Ferienwohnungen und Ferienhäusern auf mehr als 100 Mio. pro Jahr bzw. auf über 20 Prozent. Betrachtet man lediglich deutschsprachige Urlaubsreisende, so zeigt eine weitere Studie, dass diese in Deutschland sogar zu 36 Prozent in Ferienwohnungen übernachten und zu lediglich 28 Prozent in Hotels und Gasthöfen.[109]

1298. Die Vermietung von Privatunterkünften zu touristischen Zwecken sowie der damit einhergehende Wettbewerb zwischen gewerblichen und privaten Angeboten stellen für sich genommen keine neue Entwicklung dar. Allerdings hat das Angebot an kurzzeitig vermieteten Privatunterkünften durch die Entstehung digitaler Vermittlungsplattformen, wie Airbnb, Wimdu und 9flats, insbesondere in Großstädten zugenommen. Eine aktuelle Studie beziffert die über Online-Portale vermittelten Übernachtungen in Privatwohnungen in Deutschland auf mindestens 14,5 Mio. im Jahr 2015.[110] Von diesen Übernachtungen entfallen rund zwei Drittel auf die Städte Berlin (ca. 6,1 Mio.), Hamburg (ca. 2 Mio.) und München (ca. 1,9 Mio.). Demnach übernachtet jeder elfte Städtereisende in einer Unterkunft, die über eine der großen Vermittlungsplattformen angeboten wird.

1299. Ursächlich für die Zunahme kurzzeitig vermieteter Privatwohnungen dürften – wie auch in anderen Bereichen der Sharing Economy – vor allem die aufgrund der digitalen Vermittlung stark gesunkenen Markteintrittsbarrieren infolge geringerer Such- und Informationskosten sein. Digitale Vermittlungsplattformen haben eine zusätzliche Vertriebs- bzw. Vermarktungsmöglichkeit für Privatunterkünfte geschaffen und so die Wahrnehmung für entsprechende Angebote erhöht. Dies hat zum einen die Auffindbarkeit des seit jeher bestehenden Angebots an Privatunterkünften für potenzielle Gäste vereinfacht. Zum anderen dürften die gesunkenen Markteintrittsbarrieren viele Privatpersonen erst zu einer kurzzeitigen Vermietung ihrer Wohnung bzw. einzelner Zimmer bewegt haben, sodass die Menge und die Vielfalt des Angebots an Privatunterkünften gestiegen sind.

1300. Die Entstehung digitaler Vermittlungsplattformen und das hiermit einhergehende gestiegene Angebot an Privatunterkünften dürften grundsätzlich zu einer Erhöhung der Wettbewerbsintensität im Beherbergungssektor beigetragen haben. Die positiven Wettbewerbswirkungen zeigen sich zunächst allgemein in Form einer erhöhten Angebotsvielfalt durch die vermehrte Verfügbarkeit unterschiedlich gestalteter Privatunterkünfte. Die Plattformdienste selbst verweisen in diesem Zusammenhang auch gerne auf die Möglichkeit, Städte aus Sicht der dort lebenden Bevölkerung zu erleben („live like a local“). Darüber hinaus dürfte das zusätzliche Angebot an vergleichsweise günstigen Privatunterkünften zumindest in Teilen auch eine neue Nachfrage geschaffen haben. Vor allem Personen mit einem nur geringen Reisebudget haben durch die neuen Dienste unter Umständen erst die Möglichkeit, überhaupt zu reisen. Schließlich haben die Vermittlungsplattformen bzw. das zusätzliche Angebot an Privatunterkünften zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs geführt. Eine US-amerikanische Studie zeigt beispielsweise, dass der Markteintritt von Airbnb in Austin, Texas, zu einem Rückgang der Erlöse der Hotels in Höhe von 8 bis 10 Prozent geführt hat, wobei insbesondere Hotels im niedrigen Preissegment betroffen waren.[111] Durch das zusätzliche Angebot an kurzzeitigen Privatunterkünften wurde zudem der Preissetzungsspielraum der Hotels eingeschränkt. Da diese auf die zusätzliche Konkurrenz mit Preissenkungen reagierten, profitierten von der erhöhten Wettbewerbsintensität auch Hotelgäste.

1301. Insgesamt zeigt sich, dass sich der Wettbewerb im Beherbergungssektor durch die neuen Vermittlungsdienste für Privatunterkünfte bzw. die vermehrte Kurzeitvermietung intensiviert hat. Während dies aus Wettbewerbssicht

---

[108] Vgl. dwif- Consulting GmbH, Der Ferienhausmarkt in Deutschland – Volumen und ökonomische Bedeutung, Studie im Auftrag von FeWo-direkt, Juni 2015.

[109] Vgl. FUR Forschungsgemeinschaft Urlaub und Reisen e. V., ReiseAnalyse 2016. Erste ausgewählte Ergebnisse der 46. Reiseanalyse zur ITB 2016, S. 4, http://www.fur.de/fileadmin/user_upload/RA_2016/RA2016_Erste_Ergebnisse_DE.pdf, Abruf am 2. Mai 2016.

[110] Vgl. Gesellschaft für Beteiligungen und Immobilienentwicklungen (GBI), Etwa jeder elfte Städtereisende in Deutschland schläft bei Airbnb & Co., Pressemitteilung vom 16. April 2016. Die Daten basieren auf einer Stichprobe der angebotenen Unterkünfte auf den drei Vermittlungsportalen Airbnb, Wimdu und 9Flats in einer Woche im November. Es wurden nur dauerhaft zur Vermietung angebotene komplette Unterkünfte mit Bad und WC erfasst, keine einzelnen Schlafstellen. Untersucht wurden alle 179 deutsche Städte mit mehr als 50.000 Einwohnern.

[111] Vgl. Zervas, G./Proserpio, D./Byers, J. W., The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry, 27. Januar 2016.

grundsätzlich positiv zu beurteilen ist, gibt es teilweise auch Kritik an den neuen Vermittlungsdiensten. Angeführt werden zum einen mögliche Wettbewerbsverzerrungen aufgrund einer asymmetrischen Regulierung. Da Privatvermieter insgesamt geringeren Regulierungsvorschriften unterliegen würden, etwa im Hinblick auf Sicherheitsvorschriften, hätten sie Kosten- und damit letztlich ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile. Zudem wird teilweise angezweifelt, dass die Privatvermieter ihrer jeweiligen Steuerpflicht nachkommen würden. Neben diesen wettbewerbspolitischen Aspekten werden zum anderen negative Auswirkungen auf die lokalen Wohnungsmärkte befürchtet. Da die Kurzzeitvermietung an Touristen für Vermieter in der Regel profitabler ist als die langfristige Vermietung zu Wohnzwecken, komme es insbesondere in Ballungszentren, wie etwa in Berlin, zu einer Verknappung an Wohnraum und steigenden Mietpreisen. Zudem wird teilweise darauf hingewiesen, dass die zunehmende Präsenz von Touristen in Wohngebieten häufig mit Lärmbelästigungen und anderen Störungen der Nachbarschaft einhergehe. Inwieweit die vorgebrachte Kritik gerechtfertigt ist und ob es einer strikteren Regulierung der Kurzzeitvermietung von Privatunterkünften bedarf, wird in den folgenden Abschnitten genauer untersucht.

2.7.2 Abgrenzung von privaten und gewerblichen Angeboten

1302. Eine wichtige Frage bei der Vermietung von Privatunterkünften über Sharing Economy-Plattformen ist, unter welchen Umständen diese Tätigkeit als gewerblich einzustufen ist und welche spezifischen Vorschriften im Falle einer gewerblichen Tätigkeit bestehen. Bei der Klassifizierung entsprechender Vermietungsangebote ist zunächst zwischen dem Gewerbe- und Steuerrecht zu unterscheiden. Gewerberechtlich liegt eine gewerbliche Tätigkeit typischerweise vor, wenn es sich bei der Vermietung nicht um eine bloße Vermögensverwaltung handelt. Je größer das Ausmaß der wirtschaftlichen Tätigkeit und das Gewinnstreben ist, desto eher handelt es sich bei der Vermietung um eine gewerbliche Tätigkeit.[112] Da allerdings keine eindeutige Unterscheidung zwischen gewerblicher Tätigkeit und reiner Vermögensverwaltung existiert, ist der jeweilige Einzelfall zu betrachten. So hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise entschieden, dass die Vermietung von 10 Wohnungen mit 55 Betten in einem Apartmenthaus für jeweils zwei bis sechs Wochen an Feriengäste nicht mehr dem Bereich der Vermögensverwaltung zuzuordnen ist.[113] Sofern eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt, besteht eine Gewerbeanzeigepflicht gemäß § 14 Gewerbeordnung (GewO). Diese hat zunächst einen rein deklatorischen Charakter und dient der Information des Gewerbeamtes, welches die entsprechenden Angaben unter anderem an das zuständige Finanzamt weiterleitet, welches wiederum die steuerliche Veranlagung prüft.[114]

1303. Abzugrenzen von dieser gewerberechtlichen Sicht ist die steuerrechtliche Beurteilung. Der Gewerbebegriff des Steuerrechts ist zwar ähnlich, aber nicht deckungsgleich mit dem des Gewerberechts. Ein Gewerbebetrieb im Sinne des Steuerrechts, ebenfalls in Abgrenzung zur bloßen Vermögensverwaltung, liegt nach geltender Rechtsprechung vor allem dann vor, wenn die Vermietung in hotelmäßiger Weise erfolgt oder Zusatzleistungen erbracht werden, die eine unternehmerische Organisation erfordern.[115] Von Bedeutung sind insofern der Umfang und die Qualität etwaiger Zusatzleistungen. Auch hier ist allerdings letztlich eine Einzelfallprüfung erforderlich. Im Falle einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des Steuerrechts ist der Vermieter gewerbesteuerpflichtig, sofern er jährlich mindestens EUR 24.500 Gewinn erwirtschaftet.

---

[112] Vgl. IHK Berlin, Vermietung von Ferienwohnungen, 9. Februar 2015, S. 2.

[113] BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1993, 1 C 25/91.

[114] Vgl. DTV, Ferienunterkünfte – so entscheidet sich die Frage nach einem Gewerbe, DTV-Reihe: Recht in der Praxis. Nr. 6, März 2008.

[115] BFH, Urteil vom 14. Januar 2004, X R 7/02. Für Hotels ist demnach ein häufiger Gästewechsel typusbestimmend. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Bereithaltung von Räumlichkeiten für die jederzeitige, auch kurzfristige Überlassung an Gäste sachliche und personelle Vorkehrungen erfordere, wie sie mit der reinen Vermietung von Wohnungen nicht verbunden sei. Der BFH hat insofern festgestellt, dass bei der Vermietung von drei Ferienwohnungen nicht ohne Weiteres ein Gewerbebetrieb vorliegt (BFH, Urteil vom 28. Juni 1984, IV R 150/82). Andererseits hat er eine gewerbliche Tätigkeit bei der Vermietung nur einer Ferienwohnung bejaht, sofern diese vollständig eingerichtet in einer Wohnanlage im Verbund mit anderen Ferienwohnungen liegt und die Werbung für kurzfristige Vermietung an laufend wechselnde Mieter sowie die Verwaltung an eine Feriendienstorganisation übertragen sind (BFH, Urteil vom 19. Januar 1990, III R 31/87).

1304. Gemäß der geltenden Rechtslage dürfte die nur gelegentliche Vermietung von Privatunterkünften durch Privatpersonen, insbesondere die kurzzeitige Vermietung selbst genutzten Wohnraums, tendenziell weder im Sinne des Gewerbe- noch im Sinne des Steuerrechts eine gewerbliche Tätigkeit darstellen. Die Pflicht zur Gewerbeanzeige sowie zur Abführung der Gewerbesteuer dürfte daher bei gelegentlichen Kurzzeitvermietungen in der Regel entfallen. Dessen ungeachtet unterliegen kurzfristige Beherbergungen, d. h. solche bis zu sechs Monaten, der Umsatzsteuerpflicht. Allerdings kann der Vermieter die Kleinunternehmerregelung in Anspruch nehmen und auf die Ausweisung der Umsatzsteuer verzichten, sofern der Jahresumsatz EUR 17.500 im vergangenen Jahr bzw. EUR 50.000 im laufenden Jahr nicht überschreitet. Zudem sind die Einkünfte auch bei einer privaten Vermietung im Rahmen der Einkommensteuererklärung zu versteuern, sofern diese den Freibetrag von derzeit EUR 520 pro Jahr überschreiten.

1305. Abgesehen von der gewerbe- und steuerrechtlichen Relevanz hat die Unterscheidung zwischen gewerblichen und privaten bzw. gelegentlichen Kurzzeitvermietungen keine direkten regulatorischen Auswirkungen. Vielmehr gelten die meisten der bestehenden Regulierungen entweder sowohl für private als auch für gewerbliche Anbieter oder knüpfen an andere Kriterien, insbesondere die Bettenzahl, an. Einheitliche Regelungen existieren etwa im Hinblick auf die Pflicht zur Ausstellung eines besonderen Meldescheins. Auch müssen grundsätzlich sowohl gewerbliche als auch private Anbieter etwaige Tourismussteuern oder –abgaben, wie etwa Bettensteuern oder Kurtaxen, von ihren Gästen erheben und abführen. Im Gegensatz hierzu knüpfen die spezifischen Sicherheits- und Brandschutzvorschriften im Beherbergungssektor an die Bettenzahl der Betriebe an. Von Bedeutung sind insofern die Landesbauordnungen und Beherbergungsstättenverordnungen der einzelnen Bundesländer. In den meisten Bundesländern werden Betriebe ab einer Größe von zwölf Betten bauordnungsrechtlich als Sonderbauten eingestuft, für die aufgrund eines erhöhten Gefahrenpotenzials infolge der Nutzungsart, Größe oder hoher Besucherzahlen strengere sicherheits- und brandschutzrechtliche Sonderregelungen bestehen. Spezifische Anforderungen an Beherbergungsstätten finden sich in den jeweiligen Beherbergungsstättenverordnungen, welche je nach Bundesland für Betriebe ab 8, 12 oder 30 Betten gelten. Ferienwohnungen sind vom Anwendungsbereich dieser Beherbergungsstättenverordnungen häufig explizit ausgenommen, weil sie eher den Charakter einer Wohnung im allgemeinen Sinne haben.[116] Für Ferienwohnungen sowie Beherbergungsstätten mit nur wenigen Übernachtungseinheiten gelten – unabhängig von einer eventuellen Gewerbsmäßigkeit der Vermietung – die weniger weitreichenden Vorschriften des allgemeinen Bauordnungsrechts.

1306. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Abgrenzung von gewerblichen und privaten bzw. gelegentlichen Tätigkeiten bei der Vermietung von Privatunterkünften vor allem für die Pflicht zur Gewerbeanmeldung und die Abführung der Gewerbesteuer von Bedeutung ist. Diese Abgrenzung ist stark einzelfallabhängig, sodass letztlich ein rechtlicher Graubereich besteht. Während die nur gelegentliche Kurzzeitvermietung von Privatunterkünften in der Regel eine nicht-gewerbliche Tätigkeit darstellen dürfte, ist dies bei einer umfassenderen Tätigkeit nicht mehr eindeutig. Dies ist vor allem mit Blick auf das zunehmende Angebot an über das Internet vermittelten Privatunterkünften nicht unproblematisch. Um die Abgrenzung von gewerblichen und privaten Tätigkeiten zu vereinfachen, könnte eine Bagatellgrenze eingeführt werden, bei deren Unterschreiten pauschal eine nicht-gewerbliche und damit nicht genehmigungspflichtige Tätigkeit vorliegt. Denkbar wäre beispielsweise eine Obergrenze für die Anzahl der Übernachtungen oder Vermietungen pro Jahr, wie etwa in Amsterdam (60 Tage) und London (90 Tage).[117] Eine solche eindeutige Abgrenzung könnte aufwendige Einzelfallprüfungen vermeiden und den Städten und Kommunen bei der Durchsetzung der jeweils bestehenden Auflagen und Vorschriften helfen. Zudem bestünde für die Anbieter nur gelegentlicher Kurzzeitvermietungen Rechtssicherheit.

1307. Um die Durchsetzung bzw. Kontrolle entsprechender Bagatellgrenzen sicherzustellen, könnte unter Umständen eine Registrierung der Privatanbieter bei den jeweils zuständigen Behörden erwogen werden. Hierdurch könnte verhindert werden, dass Privatpersonen, etwa aufgrund der Möglichkeit zur Nutzung unterschiedlicher Vermittlungsplattformen (Multihoming), die bestehende Bagatellgrenze unbemerkt überschreiten. Eine solche obligatorische Betrei-

[116] Siehe hierzu die Begründung zur Muster-Beherbergungsstättenverordnung (MBeVO), Fassung vom Dezember 2000.

[117] In San Francisco besteht ebenfalls eine Obergrenze für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen pro Jahr (90 Tage), sofern die Wohnung Gästen komplett überlassen wird und der Vermieter selbst nicht anwesend ist. Das Teilen der eigenen Wohnung bei eigener Anwesenheit ist hingegen unbegrenzt erlaubt. Dessen ungeachtet muss der Vermieter allerdings generell ein Gewerbe anmelden.

berregistrierung existiert beispielsweise in San Francisco, wo sich die Vermieter von Privatunterkünften in ein Stadtregister eintragen müssen. Um den bürokratischen Aufwand für alle Seiten möglichst gering zu halten, sollte hierzu nach Möglichkeit auf online-gestützte Registrierungsverfahren zurückgegriffen werden. Alternativ könnten die Vermittlungsplattformen entsprechende Daten im Auftrag der Vermieter an die Städte und Kommunen weiterleiten.

1308. Im Gegensatz zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Tätigkeiten sind die hiermit einhergehenden steuerrechtlichen Konsequenzen hinreichend klar. Anpassungen sind hier zumindest aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht erforderlich. Wichtig ist allerdings, dass die bestehenden Regelungen unabhängig von der konkreten Vertriebsform gelten. Für Einkünfte aus der Vermietung von Privatunterkünften über digitale Vermittlungsplattformen sollten insofern keine Sonderregelungen gelten.

2.7.3 Gründe für die Regulierung der Kurzzeitvermietung

1309. Wie bereits erwähnt, sind viele der für Beherbergungsstätten geltenden Vorschriften nicht an das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit, sondern an die Bettenzahl geknüpft. Dementsprechend bestehen bereits heute gesetzliche Regelungen für die nur gelegentliche Kurzzeitvermietung von privaten Wohnungen oder Zimmern. Eine darüber hinausgehende Regulierung, etwa in Form einer Ausweitung der Vorschriften für große Beherbergungsbetriebe auf kleine private Anbieter, wäre aus ökonomischer Sicht nur dann gerechtfertigt, wenn bei der Kurzzeitvermietung von Privatunterkünften trotz der bereits bestehenden Vorschriften ein systematisches Marktversagen auftreten würde.

1310. Bei der Vermietung von Privatunterkünften ist ein Marktversagen vor allem aufgrund von Informationsasymmetrien sowie aufgrund von negativen externen Effekten möglich. Informationsasymmetrien zwischen den Vermietern und den potenziellen Gästen können mit Blick auf Sicherheits- und Hygieneaspekte bestehen. Zum Schutz der Verbraucher können insofern staatliche Mindeststandards zur Sicherstellung eines ausreichenden Sicherheits- und Hygieneniveaus erforderlich sein. Negative externe Effekte der Kurzzeitvermietung von Privatwohnungen können vor allem auf den lokalen Wohnungsmarkt in Form einer zunehmenden Knappheit an Wohnraum und steigender Mietpreise wirken. Zudem kann sich die zunehmende Präsenz von Touristen in Wohngegenden negativ auf die Lebensqualität in den entsprechenden Gegenden auswirken, etwa durch Lärmbelästigungen oder eine Knappheit an Parkplätzen.

2.7.3.1 Informationsasymmetrien und Verbraucherschutz

1311. Eine staatliche Regulierung von Beherbergungsstätten kann zunächst aufgrund von Informationsasymmetrien und damit letztlich zum Schutz der Verbraucher bzw. Beherbergungsgäste angezeigt sein. Dies betrifft insbesondere Sicherheits- sowie hygienische Aspekte, da diese – im Gegensatz zur Sauberkeit einer Wohnung oder eines Zimmers – von den Gästen in der Regel nicht hinreichend beurteilt werden können. Zur Sicherstellung eines ausreichenden Sicherheits- und Hygieneniveaus bestehen daher für Beherbergungsstätten in der Regel staatliche Mindestanforderungen.

1312. In Deutschland sind die geltenden Sicherheitsvorschriften, wie soeben ausgeführt, maßgeblich von der Betriebsgröße bzw. der Bettenzahl abhängig. Für kleinere Anbieter gelten unabhängig von einer etwaigen Gewerblichkeit die Sicherheitsvorschriften des allgemeinen Bauordnungsrechts. Für professionelle Anbieter mit einer größeren Bettenzahl bestehen hingegen aufgrund eines erhöhten Gefahrenpotenzials strengere sicherheits- und brandschutzrechtliche Sonderregelungen, etwa in Bezug auf Rettungswege.[118] Die Häufigkeit des Angebots, wie etwa die Anzahl der vermieteten Übernachtungen pro Jahr, ist für die anzuwendenden Vorschriften nicht von Bedeutung.

1313. Die unterschiedlichen Sicherheitsvorschriften werden teilweise, insbesondere seitens großer gewerblicher Anbieter wie der Hotellerie, kritisiert. Hingewiesen wird insofern zum einen auf mögliche Sicherheitsrisiken für Gäste und Anwohner, weil kurzzeitig vermietete Privatwohnungen in der Regel nicht die für große Beherbergungsbetriebe geltenden Sicherheitsstandards erfüllen. Zum anderen werden Wettbewerbsverzerrungen aufgrund einer asymmetrischen Regulierung beklagt, weil die Anbieter von Privatunterkünften aufgrund der weniger umfangreichen Vorschrif-

---

[118] Die genauen Vorschriften finden sich in der Regel in den jeweiligen Beherbergungsstättenverordnungen.

ten einen Kostenvorteil hätten und günstiger anbieten könnten. Um ein für alle Gäste einheitliches Schutzniveau sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, wird daher häufig die Ausweitung der für die Hotellerie geltenden strengeren Sicherheitsvorschriften auf kurzzeitig vermietete Privatunterkünfte gefordert.

1314. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass ein adäquater regulatorischer Rahmen grundsätzlich den spezifischen Sicherheitsrisiken, die mit der Art sowie dem Ausmaß der jeweiligen Geschäftstätigkeit einhergehen, Rechnung tragen sollte. Insofern kann eine unterschiedliche regulatorische Behandlung eines großen Hotelbetriebs und eines (gelegentlichen) Anbieters privater Übernachtungsmöglichkeiten durchaus sachgerecht sein. Ein möglicher Kosten- und damit Wettbewerbsvorteil kleinerer Anbieter aufgrund weniger umfangreicher Vorschriften ist daher für sich genommen kein Grund, alle Anbieter pauschal den gleichen Sicherheitsvorschriften zu unterwerfen. Vielmehr könnte hierdurch eine Markteintrittsbarriere geschaffen werden, die den Wettbewerb im Beherbergungssektor beschränkt.

1315. Die weitergehende Frage, ob die derzeit bestehenden Sicherheitsvorschriften für Privatunterkünfte ausreichend sind oder verschärft werden müssten, kann an dieser Stelle nicht hinreichend beurteilt werden. Einerseits erscheint es fraglich, dass in der Vergangenheit offenbar ausreichende Sicherheitsvorschriften für vermietete Privatunterkünfte nunmehr unzureichend sein sollen, zumal die betroffenen Wohnungen für die Langzeitvermietung weiterhin geeignet sind. Andererseits könnte argumentiert werden, dass gerade bei häufigeren kurzzeitigen Vermietungen von Privatunterkünften erhöhte Sicherheitsrisiken bestehen, die strengere Sicherheitsvorschriften rechtfertigen könnten. In diesem Fall könnte erwogen werden, für Unterkünfte mit einer nur geringen Bettenzahl spezifische Auflagen festzuschreiben, die zwar weniger weitreichend sind als jene für große Beherbergungsbetriebe, aber über das Niveau für Privatwohnungen hinausgehen. Beispielsweise könnten erhöhte Sicherheitsvorschriften an Kriterien wie die Vermietungshäufigkeit oder die Anzahl der vermieteten Nächte pro Jahr geknüpft werden. Die Angemessenheit einer solchen Regelung wäre näher zu prüfen.

1316. Neben Sicherheitsvorschriften dienen auch Hygienevorschriften dem Schutz der Verbraucher. Von besonderer Bedeutung sind insofern Lebensmittelhygienevorschriften, die allerdings nur dann relevant sind, wenn neben der Beherbergung eine Bewirtung von Gästen erfolgt. Da dies bei der Vermietung von Privatunterkünften nur selten der Fall sein dürfte, wird an dieser Stelle auf eine genauere Darstellung der bestehenden Vorschriften verzichtet. Grundsätzlich dürften gesetzliche Mindeststandards zur Lebensmittelhygiene ein adäquates Mittel zum Abbau von Informationsasymmetrien sein, da die meisten Gäste die hygienischen Bedingungen vor Ort vermutlich nicht sachgerecht beurteilen können. Die jeweiligen Vorschriften können daher helfen, ein ausreichendes Schutzniveau sicherzustellen.

1317. Im Gegensatz zu den genannten Sicherheits- und Hygieneaspekten bedarf es bei einer Vermietung von Privatunterkünften über digitale Vermittlungsplattformen keiner Regulierung eindeutig zu beobachtender Qualitätsaspekte, wie etwa der Sauberkeit der Wohnung. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Plattformen aussagekräftige Bewertungssysteme anbieten, welche den Nutzern die Möglichkeit bieten, sich ausführlich über die angebotene Wohnung sowie den Vermieter zu informieren. Da gut bewertete Unterkünfte in der Regel mehr Buchungsanfragen erhalten als schlecht bewertete Unterkünfte, ermöglichen Bewertungssysteme hinsichtlich solcher beobachtbarer Qualitätsaspekte eine Selbstregulierung der Online-Portale, zumal sich die Bewertungen bei Vermittlungsportalen für Privatunterkünfte – im Gegensatz zu Hotelbuchungsportalen – in der Regel auf eine spezifische Unterkunft beziehen. Dieser Mechanismus trägt zur Sicherstellung qualitativer Angebote bei.

2.7.3.2 Negative externe Effekte

1318. Abgesehen von den genannten Informationsasymmetrien kann eine Regulierung der kurzzeitigen Vermietung von Privatunterkünften auch aufgrund negativer externer Effekte angezeigt sein. Verwiesen wird insofern insbesondere auf zwei Aspekte.[119] Zum einen kann die zunehmende kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften gerade in Großstädten negative Auswirkungen auf den Wohnungsmarkt in Form eines Mangels an Mietwohnungen sowie steigender Mietpreise haben. Zum anderen wird auf die ungewünschte Präsenz von Feriengästen in Wohngebieten und die damit einhergehende Beeinträchtigung der Nachbarschaft, etwa in Form von Lärmbelästigungen oder einer

---

[119] Vgl. Edelman, B. G./Geradin, D., Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?, a. a. O., S. 18 f.

Knappheit an Parkplätzen, hingewiesen, die sich negativ auf die Akzeptanz des Städtetourismus auswirke. Bei beiden Aspekten handelt es sich zwar nicht primär um ein spezifisches Problem der neuen Vermittlungsdienste, gleichwohl könnte das Wachstum dieser Plattformen und das damit einhergehende gestiegene Angebot an kurzzeitig vermieteten Privatunterkünften die genannten Probleme verschärft haben.

1319. Ob die zunehmende Vermietung von Privatunterkünften über digitale Vermittlungsplattformen negative Auswirkungen auf die lokalen Wohnungsmärkte hat, ist zunächst von den lokalen Marktbedingungen abhängig. Einige Studien zeigen, dass gerade in Großstädten vergleichsweise viele Privatunterkünfte dauerhaft auf Vermittlungsplattformen an Touristen vermietet werden.[120] Um die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum auch auf angespannten Wohnungsmärkten zu gewährleisten, bestehen in einigen Städten Zweckentfremdungsverbote. Beispielhaft sei an dieser Stelle auf das viel diskutierte Berliner Zweckentfremdungsverbot verwiesen, welches im Jahr 2014 erlassen wurde, um unter anderem die Umwidmung von regulären Wohnungen in Ferienunterkünfte zu unterbinden und bisher als Ferienunterkünfte vermietete Wohnungen wieder dem regulären Wohnungs- bzw. Mietmarkt zuzuführen.[121] Nach einer zweijährigen Übergangsfrist dürfen seit dem 1. Mai 2016 in Berlin Privatwohnungen nur noch mit einer Sondererlaubnis als Ferienwohnung vermietet werden, welche nur in Ausnahmefällen erteilt wird.

1320. Inwieweit Zweckentfremdungsverbote tatsächlich zu einer nachhaltigen Entlastung angespannter Wohnungsmärkte beitragen, ist umstritten.[122] Zudem werden teilweise grundsätzliche rechtliche Bedenken aufgrund des starken Eingriffs in das Eigentumsrecht vorgebracht.[123] Davon abgesehen ist für die Beurteilung von Zweckentfremdungsverboten entscheidend, welche Aktivitäten von diesen konkret erfasst werden. Zu unterscheiden ist insofern zwischen einer permanenten Vermietung von Privatwohnungen als Ferienunterkünfte und einer nur gelegentlichen (Unter-)Vermietung regulär bewohnter Wohnungen oder Zimmer, etwa bei Abwesenheit der regulären Bewohner. Da im letzteren Fall keine dauerhafte Umwidmung von regulären Wohnungen zu permanenten Ferienunterkünften stattfindet, werden dem Wohnungsmarkt keine Wohnungen entzogen. Dementsprechend liegt in diesem Fall rein konzeptionell keine Zweckentfremdung im eigentlichen Sinne vor. Zielgenaue Zweckentfremdungsverbote sollten daher allenfalls die permanente, nicht aber die nur gelegentliche Vermietung von Privatunterkünften untersagen. Hierzu sollten die Gesetze möglichst eindeutige Regelungen enthalten.

1321. Zur Abgrenzung einer dauerhaften von einer nur gelegentlichen Vermietung könnte an die bereits bei der Abgrenzung von gewerblichen und privaten Anbietern genannten Schwellenwerte bzw. Bagatellgrenzen angeknüpft werden. Zweckmäßig erscheint insbesondere eine Obergrenze der Anzahl der im Jahr vermietbaren Tage. Entsprechende Regelungen existieren beispielsweise in Amsterdam (60 Tage), London (90 Tage) sowie in San Francisco (90 Tage) und bestehen auch in einigen deutschen Städten, welche Zweckentfremdungsverbote erlassen haben.[124] Durch die Festschreibung einer entsprechenden Obergrenze könnte weitgehend sichergestellt werden, dass dem Wohnungsmarkt

---

[120] Vgl. z. B. Gesellschaft für Beteiligungen und Immobilienentwicklungen (GBI), Etwa jeder elfte Städtereisende in Deutschland schläft bei Airbnb & Co., a. a. O.

[121] Siehe hierzu Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Zweckentfremdungsverbot-Gesetz – ZwVbG) vom 29. November 2013 sowie Verordnung über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Zweckentfremdungsverbot-Verordnung – ZwVbVO) vom 4. März 2014.

[122] So wird etwa darauf hingewiesen, dass Ferienwohnungen in Berlin lediglich 0,5 Prozent aller Haushalte ausmachen und durch das Zweckentfremdungsverbot lediglich 4.000 Ferienwohnungen in Langzeitmietraum umgewandelt würden. Gleichzeitig bestehe aber ein Mangel an derzeit rund 140.000 Wohnungen aufgrund einer verfehlten Wohnpolitik. Vgl. Wimdu, Zweckentfremdungsverbotsgesetz: Vermieter-Vereinigung von privaten Ferienwohnungen und Onlineportal Wimdu leiten Verfassungsklage gegen Stadt Berlin ein, Pressemitteilung vom 2. Oktober 2015.

[123] Dies gilt insbesondere für das Berliner Zweckentfremdungsverbot, gegen welches das Online-Portal Wimdu in Kooperation mit der ApartmentAllianz im April 2016 Klage eingereicht hat. Diese Klage wurde inzwischen vom Verwaltungsgericht Berlin abgewiesen, die Berufung zum Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg wurde zugelassen. Siehe hierzu VG Berlin, Urteil vom 8. Juni 2016, VG 6 K 103.16.

[124] So darf ein Eigentümer in München seine Wohnung beispielsweise bei eigener Abwesenheit insgesamt für sechs Wochen pro Jahr vermieten, ohne dass eine Zweckentfremdung vorliegt.

keine regulären Wohnungen dauerhaft entzogen werden, ohne den Vermietern die gelegentliche Vermietung komplett zu untersagen.[125] Hierdurch könnte auch verhindert werden, dass Vermieter Online-Vermittlungsportale nutzen, um die gegebenenfalls geltende Mietpreisbremse auszuhebeln, indem sie ihre Wohnungen entweder dauerhaft zur Kurzzeitvermietung an Touristen anbieten oder längerfristig, etwa für ein Jahr, an einen einzelnen Mieter zu einem höheren als den gemäß der Mietpreisbremse gestatteten Preis vermieten. Nicht von Bedeutung ist indes, ob die Kurzzeitvermietung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, da dem Wohnungsmarkt in beiden Fällen keine Wohnungen entzogen werden. Eine diesbezügliche Unterscheidung würde allenfalls den betroffenen Privatleuten die Möglichkeit auf einen (geringen) Nebenverdienst nehmen, nicht aber dem Mietmarkt weitere Wohnungen zuführen.

1322. Den genannten potenziellen negativen Auswirkungen der zunehmenden Kurzzeitvermietung von Privatwohnungen auf die direkte Nachbarschaft kann schließlich durch unterschiedliche Maßnahmen begegnet werden. Mit Blick auf mögliche Lärmbelästigungen kann ein erster, wenig restriktiver Ansatz das schlichte Aufstellen von Hausregeln durch die Vermieter sein. Dieser Ansatz, von dem viele private Vermieter Gebrauch machen, könnte häufig bereits ausreichen, um die Gäste in ihrem Verhalten zu disziplinieren. Dies gilt insbesondere bei der Buchung über digitale Vermittlungsplattformen, bei denen im Anschluss an die Übernachtung eine Bewertung erfolgt. Diese Bewertungen ermöglichen es zum einen den Vermietern, ihre Gäste zielgerichtet auszuwählen, und setzen zum anderen Anreize für die Gäste, sich angemessen zu verhalten, da sie andernfalls aufgrund ihres schlechten Bewertungsprofils zukünftig unter Umständen keine Übernachtungsmöglichkeiten auf der Plattform finden. Im Falle einer bestehenden Registrierungspflicht für Privatvermieter könnten die Vermieter bei Lärmbelästigungen zudem abgemahnt und ihnen bei häufigeren Vorfällen das weitere Anbieten der Privatunterkunft untersagt werden.[126] Dem Problem eines durch die vermehrte Kurzzeitvermietung induzierten Mangels an Parkplätzen in Wohngebieten könnte beispielsweise durch die Schaffung von mehr kostenfreien Anwohnerparkplätzen und kostenpflichtigen Besucherparkplätzen begegnet werden. In beiden Fällen dürfte darüber hinaus die bereits genannte Festlegung von Obergrenzen für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen pro Jahr zur Reduzierung der genannten negativen externen Effekte beitragen. Ein umfassendes Verbot der gelegentlichen Kurzzeitvermietung von Privatunterkünften, etwa aufgrund bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Vorgaben, sollte allenfalls in Ausnahmefällen erfolgen.[127]

2.7.4 Regulierung der Vermittlungsdienste

1323. Neben den genannten Gründen, die eine Regulierung der Anbieter von Privatunterkünften rechtfertigen können, ist zu klären, inwieweit es einer Regulierung der Vermittlungsplattformen selbst bedarf. Hierzu wird im Folgenden zum einen auf die Thematik möglicher Versicherungspflichten und zum anderen auf die Möglichkeit einer Beteiligung der Vermittlungsplattformen an der Erhebung von Steuern eingegangen. Zudem wird aufgezeigt, dass es derzeit keiner spezifischen Regulierung aufgrund von Konzentrationstendenzen und mit diesen gegebenenfalls einhergehenden Wettbewerbsproblemen bedarf.

2.7.4.1 Gesetzliche Versicherungspflichten

1324. Eine wichtige Frage ist, ob Vermittlungsplattformen für Privatunterkünfte gesetzlich dazu verpflichtet werden sollten, zum Schutz der Verbraucher eine Versicherung für etwaige Schäden im Rahmen der Inanspruchnahme der Privatunterkunft anzubieten. Beispielsweise fordert der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), dass die Vermitt-

---

[125] Bei der Ausgestaltung entsprechender Grenzen ist allerdings zu beachten, dass auch eine nicht dauerhaft bewohnte Wohnung aufgrund der Marktbedingungen unter Umständen nur wenige Tage oder Wochen im Jahr vermietet sein kann und damit dem regulären Wohnungsmarkt entzogen wird. Um dies zu verhindern könnte eine Betreiberregistrierung erforderlich sein.

[126] Eine entsprechende Regelung existiert beispielsweise in Amsterdam, siehe hierzu z. B. DutchAmsterdam, Airbnb collects tourist tax in Amsterdam, http://www.dutchamsterdam.nl/3326-no-amsterdam-airbnb-ban#airbnbfriendly, abgerufen am 2. Mai 2016.

[127] Siehe hierzu auch den Referentenentwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt, 16. Juni 2016, http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Staedtebaurecht/umweltvertraeglichkeitspruefung_staedtebaurecht_entwurf_bf.pdf, Abruf am 30. Juni 2016.

lungsplattformen Versicherungen zur Absicherung von gravierenden Schäden anbieten sollten, wie etwa eine Versicherung gegen Feuerschäden oder eine Haftpflichtversicherung für Wohnungsvermieter.[128] Insofern wird auch darauf hingewiesen, dass eine solche Versicherungspflicht einen ökonomischen Anreiz für die Plattformen darstellen könnte, die vermittelten Angebote genauer auf Sicherheitsaspekte hin zu überprüfen.

1325. Prinzipiell ist es zwar sinnvoll, dass sowohl die Vermieter als auch die Gäste einer Privatunterkunft über einen ausreichenden Versicherungsschutz verfügen. Allerdings ist fraglich, ob es einer spezifischen gesetzlichen Pflicht gerade für Plattformdienste bedarf. Insofern ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Bereitstellung eines ausreichenden Versicherungsschutzes für Plattformdienste häufig im eigenen Interesse ist, da hierdurch haftungsrechtliche Probleme, welche die Nutzung und das Wachstum der Plattform beeinträchtigen könnten, vermieden werden. Dementsprechend überrascht es nicht, dass solche Versicherungen von einzelnen Plattformdiensten bereits heute freiwillig angeboten werden.[129] Zum anderen würde eine alleinige Versicherungspflicht für Plattformdienste zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Bislang wird bei einer Vermietung einer Wohnung zu touristischen Zwecken der Abschluss einer Haftpflicht- oder Vermieterhaftpflichtversicherung zwar dringend empfohlen, eine gesetzliche Verpflichtung existiert allerdings nicht. Eine gesetzliche Versicherungspflicht für Plattformdienste würde daher einer einseitigen Belastung eines bestimmten Vertriebswegs, nämlich der Vermietung über Plattformdienste, gleichkommen. Dies ist aus Wettbewerbssicht kaum zu rechtfertigen. Sachgerechter wäre es daher aus Sicht der Monopolkommission, den Vermittlungsdiensten allenfalls vorzuschreiben, den Versicherungsschutz der Vermieter bzw. der angebotenen Wohnungen zu prüfen und auf ihrem Buchungsportal verständlich auszuweisen. Die Verbraucher könnten sodann eine selbstbestimmte Entscheidung zum gewünschten Versicherungsniveau treffen. Eine solche Informationspflicht könnte auch mit Blick auf bestimmte Sicherheitsvorkehrungen, wie etwa Feuerlöscher, bestehen.

1326. Gegen eine obligatorische gesetzliche Versicherungspflicht für Vermittlungsplattformen spricht aus Wettbewerbssicht zudem, dass die mit einer solchen Pflicht einhergehenden Kosten eine Markteintrittsbarriere für potenzielle neue Vermittlungsdienste darstellen könnte. Hierdurch könnten die aufgrund der Mehrseitigkeit der Plattformen bestehenden Konzentrationstendenzen verstärkt, die Angreifbarkeit der Marktposition einzelner Vermittlungsdienste erschwert und der Wettbewerb zwischen den Plattformdiensten insgesamt beeinträchtigt werden. Falls zum Schutz der Gäste ein erhöhter Versicherungsschutz für notwendig erachtet wird, sollte zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen daher eine allgemeine Versicherungspflicht für alle privat vermieteten Unterkünfte eingeführt werden. Plattformdiensten könnte sodann prinzipiell überlassen werden, ob sie diesen Versicherungsschutz selbst als Service für ihre Nutzer anbieten wollen oder vom Vermieter einen Nachweis über einen ausreichenden Versicherungsschutz verlangen. Für eine Versicherungspflicht der Plattformdienste würde in diesem Fall allerdings die Schließung etwaiger Schutzlücken sprechen.

2.7.4.2 Beteiligung der Plattformen an Steuererhebung

1327. Darüber hinaus ist zu überlegen, ob die Vermittlungsdienste verpflichtet werden sollten, an der Erhebung und Abführung von Steuern und Abgaben mitzuwirken. Relevant dürfte eine solche Beteiligung vor allem für die Erhebung und Abführung von Tourismussteuern und-abgaben sein. Die Vermittlungsplattformen könnten die je nach Region anfallenden Steuern und Abgaben von den Gästen einfordern und im Namen der Gastgeber an die zuständigen Behörden übermitteln. Internationale Beispiele hierfür sind etwa Amsterdam, Paris und San Francisco, wo die Vermittlungsplattformen mit den örtlichen Behörden freiwillige Vereinbarungen zum Einzug von Übernachtungssteuern getroffen haben. Durch eine automatisierte Erhebung und Abführung lokaler Steuern im Rahmen des Buchungsprozesses auf Vermittlungsplattformen würde zum einen die Abwicklung für die Privatvermieter deutlich vereinfacht. Zum anderen könnte sichergestellt werden, dass alle Marktteilnehmer ihrer Steuerpflicht nachkommen und ihren Anteil an der regionalen Tourismusfinanzierung leisten.

1328. Die Monopolkommission hält eine Kooperation zwischen Plattformanbietern und deutschen Städten und Kommunen bei der Erhebung und Abführung örtlicher Tourismussteuern- und abgaben grundsätzlich für sinnvoll. Eine

---

[128] Vgl. Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Teilen, Haben, Teilhaben. Verbraucher in der Sharing Economy, a. a. O., S. 26 f.

[129] Airbnb bietet beispielsweise sowohl eine Haftpflichtversicherung für Gastgeber an, die unter anderem bei Verletzungen der Gäste in der Wohnung greift, als auch eine sogenannte Gastgeber-Garantie, welche Schäden in der Wohnung des Gastgebers durch die Gäste abdeckt. In beiden Fällen beträgt die Deckungssumme EUR 800.000.

solche Kooperation sollte allerdings primär auf freiwilliger Basis erfolgen. Die Unternehmen könnten den Nutzern die automatische Abführung von Steuern und Abgaben sodann als zusätzlichen Service anbieten. Hierzu sollten entsprechende Vereinbarungen zwischen den Plattformdiensten und den zuständigen lokalen Behörden getroffen werden. Eine regulatorische Verpflichtung zum Datenaustausch und zur steuerlichen Zusammenarbeit wäre demgegenüber aus datenschutzrechtlichen Gründen problematisch.

1329. Abgesehen von einer solchen direkten Kooperation bei der Erhebung und Abführung örtlicher Abgaben und Steuern zur Tourismusfinanzierung wird teilweise vorgeschlagen, den Plattformen zusätzliche Informationspflichten bezüglich der für die Nutzer bestehenden Steuerpflichten aufzuerlegen. Es erscheint allerdings fraglich, ob es einer entsprechenden gesetzlichen Verpflichtung tatsächlich bedarf. So stellen die meisten Vermittlungsdienste ihren Nutzern solche Informationen bereits heute freiwillig als Service zur Verfügung. Manche Anbieter weisen ihre Nutzer zudem in einer jährlichen Erinnerungs-E-Mail auf ihre Einkommenssteuerpflicht hin oder schicken ihnen Jahresaufstellungen ihrer über die Plattform erzielten Einkünfte. Eine regulatorische Informationspflicht erscheint insofern nicht zwingend notwendig, zumal die Verantwortung für die Erfüllung der eigenen Steuerpflicht letztlich dem einzelnen Nutzer obliegt.

2.7.4.3 Keine Regulierung aufgrund von Konzentrationstendenzen

1330. Ein wichtiger Aspekt ist schließlich, ob eine Regulierung von Vermittlungsdiensten für Privatunterkünfte aufgrund möglicher Konzentrations- bzw. Monopolierungstendenzen und damit gegebenenfalls einhergehender Wettbewerbsprobleme notwendig sein kann. Bei Vermittlungsdiensten für Privatunterkünfte handelt es sich um zweiseitige Plattformen, welche Vermieter als Anbieter von Privatunterkünften und Gäste als Nachfrager dieser Unterkünfte zusammenbringen. Zwischen den Plattformseiten bzw. Nutzergruppen bestehen positive Rückkopplungen bzw. positive indirekte Netzwerkeffekte, sodass die Attraktivität der Plattform mit der Nutzerzahl der jeweils anderen Plattformseite steigt. Die potenziellen Gäste profitieren also von einer größeren Präsenz an Vermietern und die Vermieter von einer größeren Präsenz potenzieller Gäste. Dieser Wirkmechanismus lässt eine gewisse Marktkonzentration im Bereich der Vermittlungsdienste für Privatunterkünfte erwarten.[130]

1331. Trotz dieser Konzentrationstendenz besteht aus ökonomischer Sicht keine Notwendigkeit für eine spezielle Regulierung von Vermittlungsplattformen für Privatunterkünfte. Zwar ist es denkbar, dass eine Plattform eine marktbeherrschende Stellung erlangt und versucht, ihre Wettbewerber durch missbräuchliche Verhaltensweisen aus dem Markt zu drängen, um in der Folge beispielsweise die Preise bzw. Gebühren für die Vermieter und Gäste zu erhöhen. Denkbar wären etwa Ausschließlichkeitsbindungen, durch die insbesondere den Vermietern die parallele Nutzung mehrerer Plattformdienste (Multihoming) untersagt werden könnte, oder das Setzen von Kampfpreisen. Solche missbräuchlichen Verhaltensweisen werden aber, wie bereits in Abschnitt 2.4.5 erläutert, zum einen durch das geltende Wettbewerbsrecht bereits erfasst. Zum anderen ist fraglich, ob sie sich am Markt überhaupt erfolgreich durchsetzen ließen. Insofern ist zum einen von Bedeutung, dass für die Plattformdienste tendenziell nur geringe Markteintrittsbarrieren bestehen. Zum anderen sind die Wechselkosten der Nutzer häufig eher gering, da keine ausschließliche Bindung an einen Plattformdienst vorliegt, etwa aufgrund hoher Mitgliedsbeiträge. Fraglich ist allerdings, inwieweit die Wechselbereitschaft der Nutzer durch eine fehlende Möglichkeit zur Mitnahme der erhaltenen Bewertungen bzw. der eigenen Reputation beeinträchtigt wird.

1332. Grundsätzlich sollte zur Vermeidung von Wettbewerbsproblemen ein Lock-in der Nutzer vermieden werden. Insofern sind aus Wettbewerbssicht zum einen vertragliche Restriktionen, die einen Plattformwechsel verhindern, wie die bereits genannten Ausschließlichkeitsbindungen, kritisch zu beurteilen. Positiv anzumerken ist daher, dass nach vorliegenden Informationen keiner der relevanten Plattformdienste für Privatunterkünfte derzeit solche vertraglichen Restriktionen einsetzt. Zum anderen sollte die Möglichkeit geprüft werden, Nutzern die Mitnahme ihrer erhaltenen Bewertungen bzw. ihrer Reputation zu konkurrierenden Plattformen zu gestatten. Wie bereits in Abschnitt 2.4.5 erläutert, sind hierbei allerdings mögliche datenschutzrechtliche Probleme sowie die unter Umständen fehlende Vergleichbarkeit der Bewertungssysteme zu beachten.

[130] Siehe hierzu auch Abschnitt 2.4.5 in diesem Kapitel.

2.7.5 Zusammenfassung

1333. Die Digitalisierung hat zur Entstehung von Vermittlungsplattformen geführt, auf denen Privatpersonen ihre Unterkünfte zur kurzzeitigen Vermietung zu touristischen Zwecken anbieten können. Die Vermietung von Privatunterkünften stellt zwar keine neue Entwicklung dar, durch die Vermittlungsdienste hat sich das Angebot entsprechender Wohnungen allerdings erhöht und deren Auffindbarkeit verbessert. Studien zeigen, dass der Markteintritt entsprechender Plattformdienste vor allem den Wettbewerbsdruck auf Hotels und andere Beherbergungsstätten im unteren Preissegment erhöht. Die Verbraucher profitieren von den neuen Vermittlungsdiensten in Form einer insgesamt größeren Angebotsvielfalt sowie gegebenenfalls niedrigerer Preise, die anbietenden Privatpersonen von der Möglichkeit zur Erzielung eines Zusatzverdienstes.

1334. Die Abgrenzung von gewerblichen und privaten Vermietungstätigkeiten ist nicht immer eindeutig. Zur Schaffung von Rechtssicherheit sowie zur Vermeidung aufwendiger Einzelfallprüfungen könnte zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Angeboten eine Bagatellgrenze eingeführt werden, bei deren Unterschreitung die kurzzeitige Vermietung pauschal als nicht-gewerblich gilt. Geeignet erscheint insbesondere eine Obergrenze für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen oder Vermietungen pro Jahr. Spezifische, mit der Gewerblichkeit einhergehende Anforderungen, wie die Anmeldung eines Gewerbes und die Abführung der Gewerbesteuer, würden bis zum Erreichen dieser Obergrenze entfallen.

1335. Eine Regulierung der kurzzeitigen Vermietung von Privatunterkünften kann ungeachtet des Vorliegens der Gewerbsmäßigkeit aufgrund von Informationsasymmetrien sowie externen Effekten erforderlich sein. Informationsasymmetrien können vor allem mit Blick auf etwaige nicht objektiv wahrnehmbare Sicherheitsrisiken bestehen. Die geltenden sicherheits- und brandschutzrechtlichen Mindeststandards für Beherbergungsstätten orientieren sich vor allem an der Bettenzahl. Auf Privat- bzw. Ferienwohnungen finden in der Regel die Landesbauordnungen Anwendung. Sie sind von den für größere Betriebe geltenden weitergehenden Vorschriften der Beherbergungsstättenverordnungen befreit, weil sie den Charakter einer Wohnung im allgemeinen Sinne aufweisen. Ob die für Privat- bzw. Ferienwohnungen geltenden Vorschriften, insbesondere bestehende Sicherheitsvorschriften, angemessen sind, kann vorliegend nicht hinreichend beurteilt werden. Regulatorische Anpassungen allein aufgrund des gestiegenen Angebots an kurzzeitig vermieteten Privatwohnungen sind allerdings nicht notwendig. Sofern die Regelungen für Privat- bzw. Ferienwohnungen angepasst werden sollten, sollte dies unabhängig vom Vertriebsweg erfolgen. Die einseitige Belastung eines Vertriebswegs, wie etwa die Vermittlung über Online-Plattformen, wäre demgegenüber aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht zu rechtfertigen.

1336. Externe Effekte der kurzzeitigen Vermietung von Privatwohnungen können auf den Wohnungsmarkt in Form einer Knappheit an Wohnraum und steigender Mietpreise wirken. Einzelne Großstädte versuchen einer solchen Entwicklung mit dem Erlass von Zweckentfremdungsverboten entgegenzuwirken, welche unter anderem eine Nutzung von regulären Wohnungen als Ferienwohnungen untersagen. Für die Beurteilung von Zweckentfremdungsverboten ist entscheidend, welche Aktivitäten konkret erfasst werden. Zu unterscheiden ist zwischen einer permanenten Kurzzeitvermietung von Ferienwohnungen und einer nur gelegentlichen (Unter-)Vermietung regulär bewohnter Privatwohnungen oder Zimmer, etwa bei Abwesenheit der regulären Bewohner. Zielgenaue Zweckentfremdungsverbote sollten allenfalls die permanente, nicht aber die nur gelegentliche Vermietung von Privatunterkünften untersagen, da nur in diesem Fall negative Auswirkungen auf den Wohnungsmarkt zu erwarten sind. Analog zur Abgrenzung von privaten und gewerblichen Tätigkeiten erscheint hierzu die Festlegung eines Schwellenwerts in Form einer Obergrenze für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen oder Vermietungen pro Jahr sinnvoll, bis zu der Privatpersonen eine kurzzeitige Vermietung ihrer Wohnung pauschal gestattet ist. Solche Schwellenwerte existieren bereits heute in einigen deutschen Städten mit Zweckentfremdungsverboten.

1337. Eine umfassende Regulierung der Tätigkeit der Vermittlungsdienste selbst ist nicht erforderlich. Gegen eine obligatorische gesetzliche Versicherungspflicht für Vermittlungsplattformen spricht aus Wettbewerbssicht, dass hiermit der Vertrieb von Privat- bzw. Ferienwohnungen über Vermittlungsplattformen einseitig belastet würde sowie dass mit einer solchen Pflicht einhergehende Kosten eine Markteintrittsbarriere für potenzielle neue Vermittlungsdienste darstellen könnte. Sachgerechter wäre die Einführung spezifischer Informationspflichten, welche neben dem bestehenden Versicherungsschutz auch vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umfassen könnten. Bereits durch diese erhöhte Transparenz würde die Position der Verbraucher gestärkt.

1338. Um sicherzustellen, dass die Vermieter auf Vermittlungsplattformen ihrer unter Umständen bestehenden Pflicht zur Erhebung und Abführung lokaler Tourismussteuern oder-abgaben nachkommen, sollten freiwillige Vereinbarungen zwischen den Plattformdiensten und den zuständigen Behörden angestrebt werden. Diese sollten den Plattformdiensten ermöglichen, die anfallenden Steuern und Abgaben im Auftrag der Vermieter zu erheben und an die Behörden weiterzuleiten.

2.8 Handlungsempfehlungen

Die Monopolkommission hat vorliegend die Entwicklung der Sharing Economy aus wettbewerbspolitischer Sicht analysiert. Im Mittelpunkt der Untersuchung standen P2P-Dienste, welche es Privatpersonen ermöglichen, Güter oder Dienstleistungen kommerziell anzubieten. Ausgehend von allgemeinen Erwägungen wurden mit Vermittlungsdiensten für Privatfahrer und Vermittlungsdiensten für die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften zwei besonders wichtige Bereiche der Sharing Economy betrachtet. Ausgehend von ihrer Analyse ergehen folgende Handlungsempfehlungen der Monopolkommission zur Stärkung des Wettbewerbs sowie zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen zwischen Sharing Economy-Diensten und traditionellen Anbietern.

Allgemeine Empfehlungen

- Um Rechtsunsicherheiten und aufwendige Einzelfallprüfungen zu vermeiden, sollten möglichst eindeutige Kriterien zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Tätigkeiten bestehen. In Wirtschaftsbereichen, in denen keine eindeutigen Kriterien existieren, befürwortet die Monopolkommission prinzipiell die Einführung von Bagatellgrenzen bzw. Schwellenwerten, bis zu denen Tätigkeiten von Privatpersonen pauschal als nichtgewerblich eingestuft werden und spezifische, mit der Gewerblichkeit einhergehende Vorschriften keine Anwendung finden. Diese Schwellenwerte sollten branchenspezifisch am Umfang der Tätigkeit ansetzen. Denkbar sind etwa Umsatzgrenzen oder Obergrenzen, welche die private Tätigkeit auf eine bestimmte Anzahl von Tagen pro Jahr begrenzen. Für die Verbraucher sollte ersichtlich sein, ob sie ein privates oder ein gewerbliches Angebot in Anspruch nehmen.
- Um Wettbewerbsverzerrungen zwischen traditionellen Anbietern und neuen Anbietern der Sharing Economy aufgrund einer asymmetrischen Regulierung zu vermeiden, sollte zum einen – sofern noch nicht vorhanden – ein angemessener Ordnungsrahmen für die neuen Dienstleister geschaffen werden und zum anderen eine Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Regulierung traditioneller Anbieter erfolgen. Von einer pauschalen Übertragung der für traditionelle Anbieter bestehenden Vorschriften auf Anbieter auf P2P-Diensten sollte abgesehen werden.
- Zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an Verbraucherschutz können bei Sharing Economy-Diensten vor allem Sicherheitsvorschriften sowie Versicherungspflichten erforderlich sein. Die Regulierungen sollten der Art und dem Umfang der Tätigkeit Rechnung tragen, um keine unnötigen Markteintrittsbarrieren zu schaffen. Eine unverhältnismäßige Einschränkung von nur gelegentlichen Tätigkeiten durch überschießende Regulierungen sollte vermieden werden.
- Ein spezifischer Regulierungsbedarf von Sharing Economy-Diensten aufgrund wettbewerblicher Probleme ist zurzeit nicht zu erkennen. Sollte ein Dienst eine marktbeherrschende Stellung erlangen, ließe sich ein etwaiger Missbrauch dieser Marktposition mit dem geltenden Wettbewerbsrecht erfassen. Dessen ungeachtet könnte die Schaffung einer Regelung zur Portabilität von Nutzerbewertungen geprüft werden, um potenzielle Wechselkosten und einen Lock-in der Nutzer bei einzelnen Sharing Economy-Diensten zu verhindern.

Empfehlungen zu Vermittlungsdiensten für Privatfahrer

- Um den Wettbewerb im Bereich der individuellen Personenbeförderung zu stärken, sollte ein adäquater Ordnungsrahmen für Vermittlungsdienste für Privatfahrer geschaffen werden. Hierzu sollte im Personenbeförderungsgesetz eine eigene Kategorie für Vermittlungsdienste für Privatfahrer eingeführt und Mindestanforderungen zur Qualifikation der Fahrer sowie zur Verkehrssicherheit der Fahrzeuge gesetzlich verankert werden. Ein ausreichender Versicherungsschutz sollte entweder von den Vermittlungsdiensten selbst oder den Privat-

fahrern nachgewiesen werden. Die Möglichkeit der Einführung einer Bagatellgrenze, bis zu der für nur gelegentlich tätige Privatfahrer einzelne, nicht-sicherheitsrelevante Anforderungen entfallen, sollte geprüft werden.

- Eine Regulierung der Preise der Vermittlungsdienste ist aufgrund der bestehenden Markttransparenz nicht notwendig, sofern einzelne Dienste über keine marktbeherrschende Stellung verfügen. Die Anbieter sollten allerdings verpflichtet werden, den Fahrgästen die aktuellen Preise vor Fahrtbestellung eindeutig zu kommunizieren.
- Sofern aus nicht-ökonomischen Gründen eine zu starke Schwankung der Fahrpreise vermieden werden soll, könnte eine Obergrenze für mögliche Preissteigerungen festgelegt werden. Dies könnte etwa im Fall von Notsituationen wie schweren Unwettern angezeigt sein.
- Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sollte die Regulierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs entsprechend der Empfehlungen der Monopolkommission im XX. Hauptgutachten überarbeitet werden. Im Taxiverkehr sind insbesondere eine Aufhebung der häufig bestehenden quantitativen Beschränkung sowie eine Anpassung der Tarifpflicht geboten. Im Warte- und Winkmarkt könnten zunächst Höchstpreise gelten. Im Bestellmarkt sollte generell eine freie Preissetzung auch für Taxiunternehmer möglich sein, nicht zuletzt damit diese auf die potenzielle neue Konkurrenz durch digitale Vermittlungsplattformen für Privatfahrer mit eigenen Preisanpassungen und Angeboten reagieren können. Im Mietwagenverkehr sollte die Rückkehrpflicht aufgehoben und klargestellt werden, dass ein Beförderungsauftrag auch über digitale Vermittlungsdienste bei Mietwagenunternehmern eingehen darf.

Empfehlungen zu Vermittlungsdiensten für die Kurzzeitvermietung von Privatunterkünften

- Bei der kurzzeitigen Vermietung von Privatunterkünften über digitale Vermittlungsplattformen besteht aus Wettbewerbssicht kein umfassender gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die für Ferienwohnungen geltenden Regelungen der Landesbauordnungen sollten eine ausreichende Grundlage für einen umfassenden Schutz der Verbraucher darstellen. Etwaige regulatorische Anpassungen, etwa mit Blick auf bestehende Sicherheitsvorschriften, sollten zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen unabhängig von einzelnen Vertriebswegen erfolgen und nicht nur Privat- bzw. Ferienwohnungen betreffen, die über digitale Plattformen vermittelt wurden.
- Um die Abgrenzung von gewerblichen und privaten Angeboten zu vereinfachen, könnte eine Bagatellgrenze eingeführt werden, bei deren Unterschreitung die kurzzeitige Vermietung von Privatunterkünften pauschal als nicht-gewerblich gilt. Zielführend erscheint insbesondere eine Obergrenze für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen oder Vermietungen pro Jahr. Spezifische, mit der Gewerblichkeit einhergehende Anforderungen, wie die Anmeldung eines Gewerbes und die Abführung der Gewerbesteuer, würden bis zu dieser Obergrenze entfallen.
- Zweckentfremdungsverbote, die unter anderem eine Umwandlung von Wohnraum in Ferienunterkünfte verhindern sollen, sollten möglichst zielgenau ausgestaltet sein und allenfalls die permanente, nicht aber die nur gelegentliche Vermietung von Privatunterkünften erfassen. Hierzu könnte – analog zur Abgrenzung von gewerblichen und privaten Angeboten – eine Obergrenze für die Anzahl der zulässigen Übernachtungen oder Vermietungen pro Jahr eingeführt werden. Bis zu diesem Schwellenwert könnte Privatpersonen eine kurzzeitige Vermietung ihrer Wohnung pauschal gestattet sein.
- Eine umfassende Regulierung der Tätigkeit der Vermittlungsdienste ist nicht erforderlich. Insbesondere bedarf es keiner spezifischen gesetzlichen Versicherungspflicht für die Vermittlungsdienste. Zur Erhöhung der Markttransparenz und zur Stärkung der Position der Verbraucher könnten bei Bedarf spezifische Informationspflichten, etwa zum bestehenden Versicherungsschutz sowie zu vorhandenen Sicherheitsvorkehrungen, eingeführt werden.
- Die Vermittlungsplattformen sollten nach Möglichkeit am Einzug lokaler Tourismussteuern oder-abgaben beteiligt werden. Hierzu sollten freiwillige Vereinbarungen zwischen den Vermittlungsdiensten und den zuständigen Behörden angestrebt werden. Diese sollten es den Plattformdiensten ermöglichen, die anfallenden Steuern und Abgaben im Auftrag der Vermieter zu erheben und an die Behörden weiterzuleiten.

3 Digitalisierung auf den Finanzmärkten

3.1 Einleitung

1339. Die Monopolkommission hat im XX. Hauptgutachten zur Wettbewerbssituation auf den Finanzmärkten und im Sondergutachten 68 zu Geschäftsmodellen in der digitalen Ökonomie Stellung genommen.[131] Die Bedeutung der digitalen Ökonomie für den Finanzbereich wurde noch nicht untersucht.[132]

1340. Die Finanzmärkte sind zurzeit besonders durch drei Einflussfaktoren geprägt:

- die zunehmende Regulierung infolge der Finanzkrise;
- die Niedrigzinspolitik und die Anleihenkäufe der Notenbanken;
- die Digitalisierung und den Markteintritt neuer Anbieter.

Im vorliegenden Zusammenhang ist der dritte Einflussfaktor relevant und dabei insbesondere die wettbewerblichen Aspekte der Digitalisierung auf den Finanzmärkten. Die Digitalisierung der Finanzbranche ist im Zeitraum 2014/2015 zu einem wichtigen Thema in der Diskussion über die Finanzmärkte geworden.[133]

1341. Finanzdienstleistungen werden bereits herkömmlich in großem Umfang über elektronische Kanäle abgewickelt. Die Digitalisierung verbessert insofern die technischen Möglichkeiten. Dies zeigt sich vor allem in einer Verlagerung klassischen Bankgeschäfts ins Internet. So zeigt eine Studie, dass im Jahr 2015 bereits ca. 84 Prozent der Deutschen ab 18 Jahren ihre Bankgeschäfte online erledigten.[134] Hierfür nutzten ca. 89 Prozent einen heimischen PC oder Laptop, rund 20 Prozent griffen auf Banking-Apps und ca. 16 Prozent auf den Browser ihres Smartphones oder Tablets zurück. Einer weiteren Studie zufolge, nutzten 47 Prozent der Befragten in Deutschland, die ein mobiles Endgerät besitzen, im Jahr 2015 mobiles Banking und weitere 17 Prozent beabsichtigten eine solche Nutzung innerhalb der nächsten 12 Monate.[135] Zum anderen sind zahlreiche Finanztechnologieunternehmen entstanden, welche häufig Einzeldienstleistungen anbieten, insbesondere in den Bereichen Finanzierung, Geldanlage und Zahlungssysteme. Im Jahr 2015 gab es in Deutschland rund 250 FinTech-Unternehmen, dies entspricht einem Wachstum von ca. 70 Prozent gegenüber 2013.[136] Insgesamt dürfte die Digitalisierung einen bedeutsamen Einfluss auf die Marktentwicklung der Finanzbranche in den entwickelten Industriestaaten, aber auch darüber hinaus haben.

1342. Finanzdienstleistungen lassen sich bei grober Betrachtung vier Zwecken zuordnen: (1) Anlage- bzw. Sparzielen, (2) der Finanzierung (Krediteinräumung), (3) der Versicherung gegen Risiken und (4) dem Austausch von Geld und Geldäquivalenten.[137] Sie weisen mehrere Besonderheiten gegenüber den im Sondergutachten 68: „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“ behandelten digitalen Dienstleistungen auf. Im vorliegenden Kontext sollen nur zwei dieser Besonderheiten hervorgehoben werden:

- So handelt es sich bei Finanzdienstleistungen häufig um gebündelte Produkte. Dies lässt sich am Beispiel eines Girokontos bei einer Bank verdeutlichen: Das Kontoverhältnis umfasst hier ein Darlehensverhältnis zwischen Bank und Kunde, die Kontoführung und Bargeldverwahrung, die Durchführung von Überweisungen

---

[131] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 1329 ff.; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015.

[132] Dazu nur Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2070 f.

[133] Hatami, A., in: Chishti, S./Barberis, J. (Hrsg.), The FinTech Book, Wiley 2016, S. 170 (170).

[134] comdirect bank AG, Pressemitteilung vom 1. September 2015, https://www.comdirect.de/cms/ueberuns/media/cori1088_1063.pdf, Abruf am 29 Juni 2016.

[135] Ipsos, Mobile Banking-Nutzung, Studie im Auftrag der ING-DiBa, 27. Mai 2015, https://www.ing-diba.de/pdf/ueberuns/presse/publikationen/umfrageergebnisse-mobile-banking-2015.pdf, Abruf am 27. Mai 2016.

[136] EY, German FinTech landscape: opportunity for Rhein-Main-Neckar, Studie vom 2. März 2016, 9. Finanzplatztag Frankfurt; http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-FinTech-study-Germany/$FILE/EY-FinTech-study-Germany.pdf, Abruf am 29. Juni 2016.

[137] Kashyap, M. K./Weber, G., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 226 (226).

und Lastschriftzahlungen, Ein- und Auszahlungen, unter Umständen die Abwicklung von Kartenzahlungen und die Einräumung von Überziehungs-/Dispokrediten. Ähnlich komplex sind Versicherungen, Vermögensanlagen usw. Neben diesen Dienstleistungen bieten Banken, Versicherungen und andere Finanzdienstleister herkömmlich zudem eine darauf bezogene Beratung an.

- Außerdem verknüpfen Finanzdienstleister einzelne Finanzgeschäfte als Intermediäre. So setzen etwa Banken die Mittel, die sie von Sparern (Einlagegeschäft) und Investoren (Kapitalmarktanlagen) erhalten, unter anderem zur Kreditvergabe, als Anleger im Eigeninteresse bzw. für ihre Kunden, als Einsatz im Rahmen von derivativen Geschäften (z. B. zur Risikoabsicherungen) oder bei Zahlungstransaktionen ein.[138] Die Finanzintermediation erfordert dabei das Vertrauen der Kunden.[139] Beispielsweise nehmen die Einleger der zuvor genannten Banken eben nicht nur eine Kontoführungsleistung ihrer Bank entgegen, sondern sie sind Kapitalgeber, deren Mittel die Bank in anderen Geschäften einsetzt. Wird das Vertrauen zwischen Bank und Einlegern gestört, kann es z. B. zur Flucht des Kapitals im Rahmen sogenannter Schalterstürme (Bank Runs) kommen. Auch bei anderen Finanzdienstleistern hängt das Geschäftsmodell wesentlich davon ab, dass die ihnen überlassenen Mittel aus Kundensicht sicher sind. Aus diesem Grund ist es im Verhältnis zwischen Kapitalgebern (Einlegern, Investoren) und Finanzdienstleistern wichtig, dass die Letzteren eine durch Vertrauenswürdigkeit gekennzeichnete Marktreputation aufbauen.

1343. Die genannten Besonderheiten führen dazu, dass die Digitalisierung und die dadurch bedingte Marktentwicklung in der Finanzbranche in mancherlei Hinsicht von den Entwicklungen im elektronischen Handel abweicht. Im Folgenden werden zunächst die wettbewerblichen Auswirkungen der Digitalisierung auf den Vertrieb von Dienstleistungen über elektronische Kanäle herausgearbeitet (Abschnitt 3.2). Sodann werden die bislang beobachteten und absehbare weitere Wettbewerbsentwicklungen dargestellt (Abschnitte 3.3, 3.4). Im Anschluss wird erörtert, welche Folgerungen sich aus diesen Marktveränderungen für die Regulierung ableiten lassen (Abschnitt 3.5). Der Abschnitt schließt mit wettbewerbspolitischen Handlungsempfehlungen (Abschnitt 3.6).

3.2 Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Finanzmärkten

1344. Die Marktbedingungen für den Vertrieb von über elektronische Kanäle abgewickelten Finanzprodukten und-dienstleistungen unterliegen seit einiger Zeit grundlegenden Veränderungen. Die Digitalisierung beschleunigt diesen Veränderungsprozess. Sie tut dies bisher insbesondere bei standardisierbaren Finanzdienstleistungen im Privatkundengeschäft (Abschnitt 3.2.1). In anderen Bereichen (insbesondere bei beratungsintensiven Privatkundenprodukten und Dienstleistungen für Geschäftskunden) sind die Auswirkungen der Digitalisierung bisher weniger eindeutig (Abschnitt 3.2.2). Keine unmittelbaren Auswirkungen hat die Digitalisierung indessen auf Dienstleistungen, die über nicht-elektronische Kanäle vor Ort erbracht werden – diese Dienstleistungen werden nachfolgend ausgeblendet (z. B. Bargeldabhebungen und Sortengeschäfte bei Banken, unter Umständen die Schadensermittlung bei Versicherungen).

3.2.1 Standardisierbare Finanzdienstleistungen für Privatkunden

1345. Die Standardisierung und Modularisierung nimmt bei der Zusammenstellung und dem Vertrieb von Finanzdienstleistungen für Privatkunden seit Längerem zu. Diese Entwicklung hat bereits vor der Digitalisierung eingesetzt. Sie äußert sich in einer Vielzahl von Produktbereichen (Bankkredite, Anlagen, Versicherungsvertrieb usw.) und betrifft sowohl die gegenüber Kunden vertriebenen Produkte (Front Office) als auch darauf bezogene Abwicklungsdienstleistungen (Back Office). Die Standardisierung und Modularisierung gestattet es Finanzdienstleistern, Kunden ein volles

---

[138] Siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1333 f. zu den dabei erfüllten sogenannten Transformationsfunktionen.

[139] Demgegenüber kommt es – anders als bei den Anbietern digitaler Plattformdienste – nicht auf die Möglichkeit an, dass die Kunden einer Seite (z. B. Einleger) über den Finanzintermediär direkt in Kontakt mit den Kunden der anderen Seite (z. B. Kreditnehmer) treten können; dazu vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 36 ff.

Sortiment unter Einschluss von Produkten anzubieten, die von Kooperationspartnern bereitgestellt werden (z. B. Anlageprodukte wie Fonds oder Bausparverträge). Auch werden etwa Back-office-Leistungen zur Dokumentation und technischen Durchführung von Finanztransaktionen häufig extern von Dritten beschafft.[140]

1346. Die Digitalisierung hat im Bereich von Finanzdienstleistungen die Möglichkeiten zur Standardisierung und Modularisierung erweitert, erneut hinsichtlich direkt kundenbezogener Dienstleistungen ebenso wie im Innendienst. Die Digitalisierung verbessert für die Anbieter die Möglichkeiten zu einer optimierten Produktzusammenstellung und für die Kunden die Möglichkeiten zur Information über Produkte und zum Geschäftsabschluss über das Internet. Damit einhergehend hat sie allerdings, worauf sogleich genauer einzugehen ist, zu einer Trennung von Finanzprodukten und der darauf bezogenen Beratung geführt.[141]

1347. Der Hintergrund der angesprochenen Entwicklung ist, dass das Internet die Markttransparenz zugunsten der Marktteilnehmer im Allgemeinen erhöht und die mit Transaktionen verbundenen Such- und Abschlusskosten senkt.[142] Dies ist bei Finanzdienstleistungen deshalb relevant, weil in Bezug auf viele Finanzprodukte herkömmlich ein Informationsgefälle zwischen Anbieter und Kunde besteht. Finanzprodukte sind aufgrund ihrer Bündelung aus Teildienstleistungen und der Abhängigkeit von Marktentwicklungen für Kunden häufig schwer zu beurteilen. Die Beratung z. B. durch eine Bank oder eine Versicherung dient herkömmlich dazu, die Kunden über die Merkmale und Eignung der von ihr vertriebenen Finanzprodukte zu informieren. Zugleich eröffnet sie dem Anbieter die Möglichkeit, die Finanzsituation des Kunden kennen zu lernen und ihm möglicherweise weitere Produkte zu verkaufen (cross selling). Die Preisgestaltung für Finanzprodukte lässt herkömmlich nicht ohne Weiteres erkennen, dass der Kunde neben dem Produkt auch die damit gebündelte Beratungsleistung bezahlt.[143]

1348. Die herkömmliche Beratung durch Banken und Versicherungen leidet an strukturellen Problemen. So sind die Anreize zu einer guten Beratung vermindert, wenn die Provision des Beraters an den Verkauf bestimmter Produkte gekoppelt ist, dem Kunden dies nicht hinreichend offengelegt wird und der Kunde die Marktentwicklung dauerhaft (auch ex post) nicht überblicken kann. Dies gilt um so mehr, wenn es sich um einen Bestandskunden handelt, der vor dem Geschäftsabschluss keine Alternativangebote zu Vergleichszwecken einholt. Die gesetzlichen und durch die Rechtsprechung entwickelten Beratungspflichten machen dem Kunden die besagte Problematik zwar bewusst, lösen sie allerdings nicht vollständig auf.[144] Produkte, die eine komplexe Risikostruktur aufweisen, lassen sich zudem nur auf eigenes Risiko des Bankkunden (wenn überhaupt) vertreiben. Ein weiteres Problem ist schließlich, dass sich Finanzprodukte zwar relativ einfach neu bzw. abgewandelt gestalten und am Markt beschaffen lassen, den Beratern bei für sie neuartigen Produkten aber die erforderliche Produktkenntnis fehlen kann.[145] Die genannten Probleme können zu Falschberatungen führen.

1349. Das Internet ermöglicht es dem Kunden, einfacher gegenzusteuern. Denn über das Internet erleichtern alternative Anbieter, Finanzvermittler und Informationsdienste dem Kunden einen eigenständigen Produktvergleich. Damit

---

[140] Zu Rationalisierungsmaßnahmen speziell in den Verbundgruppen, siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1875 ff.

[141] Vgl. Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, R. (Hrsg.), Finanzdienstleister der nächsten Generation, 1. Auflage, Frankfurt a. M. 2016, S. 33 (40).

[142] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 16 ff., 64 ff., 343 ff.

[143] Rieck, C., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 259 (262).

[144] Die Offenlegungspflichten wurden für Anbieter von Finanzanlagen in den letzten Jahren verschärft; siehe dazu Art. 23 Abs. 2 Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L173 vom 12. Juni 2014, S. 349; §§ 6 ff. VermAnlG, §§ 12a ff. FinVermV; BGH, Urteile vom 3. Juni 2014, XI ZR 147/12 (Aufklärungspflicht von Banken); und vom 15. April 2010, III ZR 196/09 (Aufklärungspflicht für Vermittler von Versicherungs- und Kapitalanlageprodukten); abweichend allerdings bei Lebensversicherungen, siehe das Lebensversicherungsreformgesetz vom 1. August 2014, Besetzblatt 2014 Teil I Nr. 38, ausgegeben zu Bonn am 6. August 2014.

[145] Rieck, C., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 259 (262 ff.).

werden die zuvor von der Bank bzw. Versicherung selbst erbrachten Beratungsleistungen nun durch andere Unternehmen oder eine eigene Recherche des Kunden ergänzt oder ersetzt.[146] Anders als bei der bisher von den Finanzdienstleistern selbst gesteuerten Modularisierung erfolgt die Trennung von Produkt und Beratung allerdings auf Initiative des Kunden.

1350. Die Information der Kunden über das Internet führt nicht nur zu informierteren Entscheidungen, sondern verändert in gravierender Weise zugleich das Verhältnis zwischen dem Kunden und den Anbietern von Finanzprodukten. Der Kunde macht im Internet die Erfahrung, dass Internetdienstleister digital nachgefragte Informationen schnell, transparent und an den Kundenpräferenzen ausgerichtet bereitstellen. Diese Informationen stehen dem Kunden somit im Rahmen seiner Internetaktivitäten nahtlos zur Verfügung und lassen sich ohne Weiteres in seinen digitalen Lebensstil integrieren.[147] Darüber hinaus eröffnet die verbesserte Information über das Internet dem Kunden Alternativen, auf die er bei Beratung durch seine Bank oder Versicherung möglicherweise nicht aufmerksam geworden wäre. Dies hat zwei Folgen:

- Zum einen reduzieren sich in Anbetracht des Informationsangebots im Internet bisherige vertrauensbasierte Bindungen an einzelne Produktanbieter.[148]
- Zum anderen erhöhen sich die Verhaltensspielräume für den Kunden. Es kommt also weniger darauf an, welche Produkte ein bestimmter Finanzdienstleister anbieten kann, sondern mehr darauf, welche Produkte der (nunmehr in der Regel besser informierte) Kunde nachfragt.[149]

Die wachsende Unabhängigkeit des Kunden kann von Anbietern digitaler Dienste genutzt werden, um dem Kunden ihrerseits Finanzdienstleistungen anzubieten und ihn abzuwerben.

1351. Das Auftreten digitaler Anbieter stellt die Kundenbeziehungen herkömmlicher Finanzdienstleister somit grundlegend in Frage. In der digitalen Ökonomie kommt es nach dem zuvor Ausgeführten für die Entwicklung der Nachfrage stärker als zuvor auf die Informationen an, auf welche ein Kunde als Internetnutzer zugreift und auf seine Interaktion mit anderen Nutzern (z. B. Empfehlungen in sozialen Netzwerken).[150] Es genügt daher nicht mehr, dem Kunden Angebote im Rahmen dessen zu machen, was die Anbieter in ihrer bestehenden Organisation leisten können und bei ihnen vorhandene Denkmuster auf neue Kundenanforderungen anzuwenden.[151]

1352. Herkömmliche Finanzdienstleister wie Banken und Versicherungen haben bisher Wettbewerbsvorteile gegenüber alternativen neuen Anbietern, da sie über einen vorhandenen Kundenbestand, Liquidität, ein relativ vollständiges Produktsortiment und die räumliche Nähe zum Kunden (Filialnetze) verfügen. Außerdem werden sie durch die Banken- und Versicherungsregulierung (z. B. aufsichtsbehördliche Erlaubnis- und Zulassungsvorbehalte) und die Banken zudem

---

[146] Sonder, F., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 258 (258).

[147] Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (245).

[148] Kinting, M./Wißmann, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 3, (13 f., 17 f.). Vertrauen bleibt alles in allem bisher aber ein wichtiger Faktor im Bankgeschäft; siehe Hoffmann, Retailbanking: Die Trümpfe in der Hand ausspielen, Die Bank 7/2015.

[149] Dombret, A., in ders. (Hrsg.), Bankenaufsicht im Dialog 2015, Frankfurt a. M. 2015, S. 6 ff. und die Teilnehmer der Podiumsdiskussion ebenda, S. 85 (90 ff.); Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 33 (38); Clarke-Walker, T., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 261 (261). Der bessere Informationszugang schließt dabei allerdings eine Informationsüberflutung nicht aus; dazu vgl. Tz. 1395 in diesem Gutachten.

[150] Clarke-Walker, T., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 261 (261). Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein sogenannter Multikanal-Vertrieb erforderlich wäre, weil Kunden frei zwischen Online- und Offline-Kanälen wechseln. Nach Untersuchungen wechseln Kunden von der Information bis zum Produktkauf die Informations- und Transaktionskanäle nur eingeschränkt, und zwar insbesondere von Online- zu Offline-Kanälen, wenn ein Geschäftsabschluss online nicht möglich ist; siehe Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 33 (43); Hoffmann, M., Die Trümpfe in der Hand ausspielen, Die Bank 07/2015, 56 ff.

[151] Vgl. Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 33 (39); Goranko, J., u. a., ebenda, S. 287 (300); Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (245).

durch die Systeme der Einlagen- und Institutssicherung geschützt.[152] Viele dieser Wettbewerbsvorteile sind im digitalen Geschäft allerdings nur in einem abnehmenden Umfang relevant:

- Der vorhandene Kundenbestand wird durch neue Anbieter zwar nicht zwingend gefährdet, sofern Kunden einen vollständigen Wechsel wegen des damit verbundenen Aufwands scheuen und statt dessen allenfalls Leistungen von mehreren Dienstleistern parallel in Anspruch nehmen (sogenanntes Multihoming).[153] Allerdings geht ein solches Verhalten mit einer weiteren Lockerung der Kundenbeziehung einher und kann diese aus wirtschaftlicher Sicht entwerten. Wenn Kunden vermehrt Finanzdienstleistungen alternativer Anbieter nutzen, kann sich dadurch unter Umständen auch die ihrer herkömmlichen Bank oder Versicherung zur Verfügung stehende Liquidität vermindern.

- Das Angebot eines Vollsortiments kann zwar dauerhaft einen gewissen Wettbewerbsvorteil bedeuten.[154] Dieser wird allerdings aus Kundensicht dadurch relativiert, dass es sich bei dem vorhandenen Produktsortiment vielfach um austauschbare standardisierte Dienstleistungen handelt.[155] Digital affine Kunden stellen sich die Produkte in der digitalen Welt aber zunehmend selbst zusammen und richten ihre Nachfrage dabei immer stärker – anbieterunabhängig – nach dem für sie besten Angebot aus. Im Geschäft mit digital affinen Kunden wird es für Anbieter daher zunehmend erforderlich, Produkte für spezielle Kundengruppen kleinteiliger zu gestalten oder an die individuelle Nachfrage anzupassen (sogenannte „Massenindividualisierung“).[156] Angebote müssen zunehmend darauf ausgerichtet werden, dem Kunden Empfehlungen aufgrund seines individuellen Bedarfs zu geben, auch bei beratungslos erbrachten Leistungen (sogenannte „digitale Assistenz“).[157] Diese Entwicklungen sprechen grundsätzlich dafür, dass sich Finanzdienstleister bei ihrem Produktsortiment auf Leistungen konzentrieren, die den Kundenpräferenzen entsprechen. Dies bedeutet unter Umständen, dass Finanzdienstleistungen in größerem Umfang als bisher zuzukaufen sind.

- Der Vorteil der räumlichen Nähe zum Kunden verliert um so mehr an Bedeutung, je stärker die Kunden Finanzdienstleistungen über das Internet nachfragen.[158] In Hinblick auf derartige Dienstleistungen wandelt er sich sogar in einen Nachteil für herkömmliche Banken, da ein Netz örtlicher Filialen hohe Kosten verursacht. Laut dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband (DSGV) suchen Kunden inzwischen 200-mal häufiger über Smartphone-Apps Kontakt zu ihrer Sparkasse als über eine Geschäftsstelle.[159] Eine lokale Infrastruktur dürfte einstweilen wichtig für Bargeldgeschäfte und für beratungsintensive Leistungen bleiben.[160] Dennoch führt die Digitalisierung schon heute dazu, dass Banken und Sparkassen viele Geschäftsstellen aus Kostengründen

---

[152] Dabei hat dieser Schutz eine insofern ambivalente Natur, als die Regulierung ihrerseits zu erheblichen Belastungen führt. Zur Wettbewerbsrelevanz auch dieses Gesichtspunkts siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1745, 1752 ff.

[153] EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 10 (seltener Anbieterwechsel); siehe auch Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (245) (Kontowechsel bisher vor allem bei Änderungen in den Lebensumständen, also z. B. bei Umzug).

[154] Clarke-Walker, T., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 261 (263).

[155] So ergab eine Umfrage, dass mehr als die Hälfte der Bankkunden in den USA nicht annehmen, dass ihre Bank ein anderes Angebot als andere Banken hat; Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (245).

[156] Rieck, C., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 259 (267).

[157] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (294); Dapp, T. F., Fintech – Die digitale (R)evolution im Finanzsektor, Studie vom 23. September 2014, db research, 17.

[158] EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 13; Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (320).

[159] Mussler, Die Digitalisierung der Sparkassen hakt, faz.net vom 2. November 2015.

[160] Eurogroup Consulting, Studie, wie zitiert in: o. A., Banken: Bankkunden zieht es trotz Online-Banking in die Filiale, AFP/unternehmen-heute.de vom 8. Oktober 2013; Steevens, C., Die Filiale im digitalen Wandel, Börsen-Zeitung vom 31. Dezember 2014, S. 34; sowie die Teilnehmer der Podiumsdiskussion in Dombret, A. (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 149), S. 85 (91 ff.).

schließen müssen.[161] Es ist nicht auszuschließen, dass im Zuge der Digitalisierung nicht nur die Anzahl der Filialen, sondern auch die Zahl der Banken insgesamt abnehmen wird.

- Finanzdienstleister haben durch die Banken- und Versicherungsregulierung einen gewissen Schutz gegen neue Wettbewerber.[162] Eine Reihe von Finanzdienstleistungen sind zulassungspflichtig, und bei der Abwicklung von Finanztransaktionen sind Regulierungsvorgaben z. B. für das Risikomanagement, die Bekämpfung von Geldwäsche und zum Datenschutz zu beachten.[163] Diese Regulierung verhindert zwar, dass neue Anbieter digitale Dienstleistungen über das gesamte Produktsortiment anbieten. Allerdings schließt sie nicht aus, dass die neuen Anbieter die Schnittstelle zum Kunden besetzen und Banken und Versicherer nur noch als Abwickler im Hintergrund agieren.

1353. Davon abgesehen stellen die bei herkömmlichen Finanzdienstleistungen eingesetzte IT-Infrastruktur und vorhandenen Prozesse eine nicht unerhebliche Belastung bei der Geschäftsanpassung dar. Herkömmlich dienen die IT-Infrastruktur und die relevanten Prozesse dazu, Finanztransaktionen in einer Weise abzuwickeln, die ein optimales Risikomanagement erlaubt und bei der die Vorgaben der Regulierung beachtet werden. Um in der digitalen Ökonomie wettbewerbsfähig zu sein, sind Finanzdienstleister aber zunehmend darauf angewiesen, Daten auch mit Blick auf Kundenpräferenzen auszuwerten und Finanzprodukte an diese Präferenzen unter Umständen kurzfristig anzupassen.[164] Diese Anforderung erfordert Funktionserweiterungen und Prozessumstellungen, die mit erheblichen Kosten verbunden sind. Außerdem erlauben unterschiedliche Datenformate es oft nicht, unmittelbar Datenkonsistenz über das Gesamtsystem hinweg herzustellen.[165] Darüber hinaus müssen Schnittstellen optimiert werden, um interne und – bei Bedarf – externe Prozesse besser miteinander zu verknüpfen.[166] Finanzdienstleister investieren zwar steigende Summen in IT und Prozessabwicklung, aber das meiste immer noch für die Aufrechterhaltung und abgesehen davon für eine regulatorisch getriebene Weiterentwicklung ihrer bestehenden Systeme.

1354. Die Digitalisierung stellt schließlich auch hohe Anforderungen an das Personal. Die Mitarbeiter dürfen nicht nur das Tagesgeschäft mit bestehenden Produkten im Auge haben, sondern müssen schnellen Veränderungen gegenüber aufgeschlossen und bereit sein, bei Bedarf auch selbstständig kundenorientierte Lösungen neu zu entwickeln.[167] Herkömmliche Banken und Versicherungen müssen in vielen Fällen auch mit Anbietern digitaler Dienste kooperieren oder auf externe Berater zurückgreifen, wenn sie ihr Geschäft an die Anforderungen der digitalen Ökonomie anpassen.

3.2.2 Bedingt oder gar nicht standardisierbare Finanzdienstleistungen

1355. Die zuvor beschriebenen Entwicklungen treffen innerhalb des Privatkundengeschäfts nicht auf alle Finanzdienstleistungen und außerhalb des Privatkundengeschäfts teils nur bedingt oder gar nicht zu. So sind größere Geldanlagen, manche Kreditgeschäfte und Geschäfte mit Risikopoolung (= Versicherungsgeschäfte) unter Umständen zu einzelfallabhängig und komplex, um vollständig in standardisierbare Bausteine zerlegt zu werden.

1356. Im Privatkundenbereich eignen sich vor allem Bankdienstleistungen für vermögende Privatkunden, umfangreiche Kredite bei zahlungsschwachen Schuldnern und Umschuldungen sowie lang laufende Versicherungen bislang nur bedingt für alternative Angebote. Dies schließt allerdings nicht aus, dass Informations- und Vermittlungsdienste digital

---

[161] Dazu Deutsche Bundesbank, Bankstellenentwicklung im Jahr 2015, Pressenotiz vom 13. April 2016 und die dortigen Anhänge; McKinsey, Deutsche Banken vor grundlegendem Wandel, Pressemitteilung vom 7. April 2016.

[162] Vgl. Dapp, T. F., intech – Die digitale (R)evolution im Finanzsektor, a. a. O. (Fn. 157), S. 18.

[163] Dazu z. B. Sonder, F., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 258 (260); Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (333 f.).

[164] Vgl. Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (246). Vorhandene Prozesse werden dadurch noch komplexer; siehe Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (338).

[165] Duchamp, T., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 100 (101 f.).

[166] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (325).

[167] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (301 f.).

erbracht werden, insbesondere im Vertrieb von Versicherungsprodukten.[168] Daneben etablieren sich als Spielart der Teilungswirtschaft (Sharing Economy) sogenannte Peer-to-Peer-Angebote für Kredite und Versicherungen.[169] Außerdem gibt es mittlerweile alternative Altersvorsorgeanbieter (über Fondsprodukte) und weitere alternative Anbieter für kleinvolumige Versicherungen (z. B. für elektronische Geräte).[170]

1357. Ein wichtiges und bislang von der Digitalisierung noch in vergleichsweise geringem Umfang betroffenes Geschäftsfeld sind Finanzdienstleistungen für Unternehmen (B2B-Geschäft). Dieses Geschäft ist zwar deutlich größer als das Geschäft mit Verbraucherdienstleistungen (B2C-Geschäft).[171] Allerdings dürfte eine grundlegende Veränderung auf absehbare Zeit nicht zu erwarten sein trotz der Digitalisierung immer weiterer Teile der Wirtschaft.

1358. Der Hauptgrund dafür ist, dass bei Geschäftskundenprodukten bisher oft nur eine begrenzte Standardisierung möglich ist. Unternehmen steuern ihre Vertriebskette durch integrierte eigene Beschaffungsprozesse, auf welche Finanzdienstleistungen abgestimmt sein müssen. Die Transaktionen haben durchschnittlich ein größeres Volumen und sind innerhalb der Vertriebskette stark von der Beziehung zwischen den Transaktionspartnern untereinander und beispielsweise zu einer Bank als Kreditgeber abhängig. Die Preise werden bei Einzeltransaktionen durch Steuern, Rabatte, Rohmaterialkosten, Liefer- und Lagerkosten beeinflusst und können sich auch im Anschluss noch ändern, etwa aufgrund von Nachverhandlungen. Die Finanzströme sind daher schwerer zu überblicken. Aus diesem Grund verbleibt auch weniger Raum für standardisierte und modular vertriebene Finanzdienstleistungen.[172] Die Zusammenarbeit zwischen Geschäftskunden und ihren Finanzdienstleistern ist infolgedessen vielfach weiter eng und vertrauensbasiert.

Dessen ungeachtet ist nicht auszuschließen, dass digitale Lösungen zumindest bei der Erstellung von Geschäftskundenprodukten im Back Office oder bei Angeboten, die in Kooperation zwischen einem digitalen Anbieter und der Hausbank des Geschäftskunden erbracht werden, mit der Zeit an Bedeutung gewinnen werden.[173]

1359. Eine völlig andere Situation besteht demgegenüber, soweit große Firmenkunden grenzüberschreitende Transaktionen tätigen oder konsortiale Finanzierungen nachfragen.[174] Zwar gibt es in diesen Geschäftssegmenten entfernt vergleichbare Entwicklungen wie im Privatkundengeschäft. So werden auch Finanzdienstleistungen für Großkunden nach den Kundenbedürfnissen zusammengestellt, wobei Produkte und Beratungsleistungen arbeitsteilig (= modular) erbracht werden. Auch ist die Bindung an einzelne Finanzdienstleister hier unter Umständen erheblich gelockert. Allerdings handelt es sich um ein Geschäft, das von den Anforderungen, die mit einzelnen Finanzprojekten verbunden sind, getrieben ist und nicht etwa von einer Kundennachfrage nach der Anpassung von Massendienstleistungen an Kundenpräferenzen. Die in diesem Abschnitt beschriebenen Marktkräfte wirken sich in Bezug auf große Firmenkunden nicht aus.

3.3 Beobachtungen zur Wettbewerbsentwicklung

1360. Es scheint, als ob der Umstand, dass die herkömmlichen Finanzdienstleister auf die Marktentwicklungen bislang stets mit Verzögerungen reagiert haben, es neuen Anbietern ermöglicht hat, mit Alternativangeboten in den Markt zu

---

168 Dazu Schulz, A., Fintech für Versicherungen: Hinter den meisten Produkten steckt ein Makler, Finanztip vom 11. November 2015.

169 Zu Peer-to-Peer-Krediten siehe noch Tz. 1388 ff. in diesem Gutachten. Im Versicherungsbereich siehe als Beispiel: Friendsurance.

170 Beispiele: Farr bzw. Schutzklick.

171 Desharnais, D., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 88 (88), wonach B2B in den USA viermal so groß ist wie das B2C-Geschäft.

172 Desharnais, D., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 88 (88 ff.).

173 Dazu Siegert, Interview in: Schneider, „Nur wenige Fintechs werden zu einer Marke“, WiWo Online vom 12. April 2016, der schätzt, dass sich sogar gegenwärtig bereits rund 40 % der FinTechs im B2B-Segment bewegen.

174 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2007, M.4844 – Fortis/ ABN AMRO Assets, Tz. 13 ff.; Entscheidung vom 28. Juni 1995, M.597 – Swiss Bank Corporation/S.G.Warburg, Tz. 12.

kommen.[175] Diese Marktentwicklung soll am Beispiel von an Privatkunden erbrachten Bankdienstleistungen nachvollzogen werden. Dabei lassen sich drei Phasen der Entwicklung unterscheiden.

3.3.1 Erste Phase: Online Banking und Direktbanken

1361. In einem ersten Schritt sind Banken ohne eigenes Filialnetz als alternative Anbieter in den Markt eingetreten, bei denen Kunden ihre Bankgeschäfte online bzw. per Telefon abwickeln können und die über eine speziell auf diese Vertriebskanäle ausgerichtete Beratungsinfrastruktur verfügen (Direktbanken).[176] Der Unterschied zwischen dem Direktbankgeschäft und herkömmlichen Filialbankgeschäften besteht im Wesentlichen darin, dass die Kunden sich in größerem Umfang selbst um die Abwicklung von Finanztransaktionen kümmern und im Gegenzug keine Filiale aufsuchen müssen. Diese „Selbstversorgung“ spart aufseiten der Bank Kosten, verschiebt den Aufwand insofern allerdings teilweise auf den Kunden.[177]

1362. Direktbanken haben sich in größerem Umfang seit den späten 1990er Jahren in Deutschland etabliert. Es gibt sie heute als unabhängige Privatbanken (z. B. Netbank, Umweltbank; vormals die DAB Bank[178]) sowie als Tochterinstitute von in- und ausländischen privaten Großbanken (z. B. Comdirect, Consorsbank, ING-DiBa) und Instituten der Sparkassengruppe (DKB, 1822direkt) sowie von Nichtbankunternehmen (z. B. Volkswagen Bank). Die Übergänge zu den Filialbanken sind jedoch fließend. Beispielsweise betreiben die genossenschaftlichen PSD Banken ein regional ausgerichtetes Direktbankengeschäft und verfügen zudem über Filialen.[179] Neben die Direktbanken für die allgemeinen Bankgeschäfte von Privatkunden treten spezielle Direktbanken für Börsengeschäfte (z. B. S Broker, GENO Broker).

1363. Die Unterschiede zwischen Direktbanken und Filialbanken haben sich zusätzlich dadurch reduziert, dass die meisten Filialbanken zwischenzeitlich begonnen haben, ihren Kunden auch Online-Bankingfunktionen anzubieten. In diesem Fall erfolgt die Beratung weiter über den Filialberater, aber der Kunde kann selbstständig Transaktionen über einen Online-Zugriff auf sein Konto abwickeln.

1364. Im Wettbewerb mit den herkömmlichen Filialbanken haben die Direktbanken durch ihre schlanke Organisation und ihre auf digitale Prozessoptimierung ausgelegten Systeme Vorteile.[180] Sie können zudem auf für digitale Finanzdienstleistungen speziell ausgebildete Mitarbeiter zurückgreifen und dürften – im Vergleich mit vielen herkömmlichen Filialinstituten – oft eine offenere Unternehmenskultur in Bezug auf digitale Dienstleistungen haben. Wettbewerbliche Konflikte können allerdings dadurch entstehen, dass Direktbanken, z. B. bei der Abwicklung von Zahlungsdiensten, auf die Infrastruktur der Filialbanken zurückgreifen. Die im XX. Hauptgutachten adressierte Festsetzung von hohen Geldautomatengebühren für Fremdabhebungen und die Sperrung von Geldautomaten für von Direktbanken ausgegebene Kreditkarten sind hierfür Beispiele.[181]

1365. Aus Kundensicht bedeutet das Angebot von Online Banking-Funktionen grundsätzlich eine bedarfsgerechte Erweiterung des Leistungsspektrums der Kreditwirtschaft. Allerdings bieten die Online-Angebote von Direktbanken und anderen Banken dem Kunden bisher nur vergleichsweise einfache Hilfestellungen bei der Kontoführung (Online-Überweisungen u. ä.) und der Bankberatung (Chats, Vergleichsrechner).[182] Sie stellen dem Kunden dagegen noch keine digitale Assistenz zur Verfügung und lassen somit Raum für ein noch stärker auf die Kundenbedürfnisse zugeschnittenes Angebot.

---

[175] Vgl. Dapp, T. F., intech – Die digitale (R)evolution im Finanzsektor, a. a. O. (Fn. 157), S. 19.

[176] Zu Direktbanken siehe z. B. EU-Kommission, Entscheidungen vom 11. März 1997, M.873 – Bank Austria/Creditanstalt, Tz. 23, und 22. Februar 2002, M.2709 – ING/DiBa; ferner BKartA, Beschlüsse vom 21. Oktober 2010, B 4 - 45/10, Tz. 38, und 28. Februar 2012, Tz. 22.

[177] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (292 f.).

[178] Das operative Geschäft der DAB Bank, als vormals wichtigem unabhängigen Anbieter, ist zum letzten Jahreswechsel auf die BNP Paribas S. A. Niederlassung Deutschland übertragen worden.

[179] Einzelne Aspekte des Geschäftsmodells der PSD Bankengruppe werden zurzeit von Bundeskartellamt überprüft; siehe Alzer, „Das Tischtuch ist zerschnitten“, Handelsblatt vom 12. August 2015.

[180] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (301).

[181] Dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2123 ff.

[182] Vgl. Meusel, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 271 (274 f.).

3.3.2 Zweite Phase: Finanztechnologieunternehmen für Einzeldienste

3.3.2.1 Allgemeine Merkmale: Geschäftsmodelle und Angebote

1366. In einem zweiten Schritt haben sich Unternehmen entwickelt, die digitale Dienstleistungen rund um Finanzgeschäfte anbieten und die deshalb als Finanztechnologieunternehmen (FinTechs) bezeichnet werden. Kennzeichnend für FinTechs ist, dass sie sich jeweils durch innovative Geschäftsmodelle unter Nutzung moderner (digitaler) Technologien auszeichnen, dass sie standardisierbare Finanzdienstleistungen erbringen (in der Regel fokussiert auf einen bestimmten Bereich und nicht abhängig von einer Banklizenz) und dass diese Dienstleistungen stark auf die Endkundenbedürfnisse zugeschnitten sind (d. h. einfach, schnell, transparent und möglichst personalisiert).[183]

1367. Anders als Banken erbringen FinTechs häufig nur Einzeldienstleistungen.[184] Dabei besteht ein wesentlicher Unterschied zu herkömmlichen Banken darin, dass FinTechs ihr Geschäftsmodell ausgehend von einem gewünschten Kundenerlebnis entwickeln und dieses technisch umsetzen.[185] Das Produkt wird also nicht erst im Rahmen der bestehenden Struktur entwickelt und dann in einem getrennten Schritt den Kunden vorgestellt und vermarktet.

1368. Ein Marktüberblick ist angesichts der Vielgestalt der Geschäftsmodelle schwierig. Grundsätzlich dürfte das FinTech-Geschäft in Deutschland, trotz eines deutlichen Wachstums in den vergangenen Jahren, noch in seinen Anfängen stehen. Angaben zum Umsatz sowie zu den erfolgten Investitionen in FinTechs variieren je nach Studie, was nicht zuletzt auf unterschiedliche Definitionen und begriffliche Abgrenzungen zurückzuführen sein dürfte.[186] So schätzt etwa Ernst & Young (EY) die Größe des deutschen „FinTech-Marktes“ in einer aktuellen Studie umsatzbezogen auf ca. EUR 2,4 Mrd., womit Deutschland hinter dem Vereinigten Königreich (ca. EUR 8,9 Mrd.), New York (ca. EUR 7,5 Mrd.) und Kalifornien (ca. EUR 6,3 Mrd.) der weltweit viertgrößte Standort für FinTechs ist.[187] Die Investitionen in FinTechs sind dieser Studie zufolge in Deutschland im Jahr 2015 auf ca. EUR 524 Mio. angestiegen, im Vergleich zu ca. EUR 225 Mio. im Jahr 2014 und ca. EUR 80 Mio. im Jahr 2013.[188] Für 2016 wird ein weiterer Anstieg der Investitionen erwartet. Dessen ungeachtet waren die Investitionen in den führenden FinTech-Regionen, dem Vereinigten Königreich (ca. EUR 707 Mio.), New York (ca. EUR 1,9 Mrd.) und Kalifornien (ca. EUR 4,8 Mrd.), teilweise deutlich umfangreicher. CB Insights und KPMG weisen ebenfalls einen Anstieg der Investitionen in FinTechs aus und beziffern das im Jahr 2015 in Deutschland in solche Unternehmen investierte Wagniskapital auf ca. USD 193 Mio., im Vergleich zu ca. USD 101 Mio. im Jahr 2014 und ca. USD 44 Mio. im Jahr 2013.[189] Trotz dieses Anstiegs sind die Investitionen in Deutschland im

---

[183] Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (333); Horváth & Partners, FinTechs – Angriff auf die Geschäftsmodelle von Banken, Marktanalyse vom Juli 2014, 4 f., 8.

[184] Dazu Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (320) („cherry picking“).

[185] Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 33 (38).

[186] Siehe hierzu auch Schneider, K., Wer seid ihr, und wenn ja, wie viele?, Handelsblatt vom 3. März 2016. Siehe ergänzend auch Tz. 1341 in diesem Gutachten.

[187] EY, German FinTech landscape: opportunity for Rhein-Main-Neckar, a. a. O. (Fn. 136). Die Angaben beziehen sich auf stark wachsende FinTechs, die in das sogenannte CLASSIC Framework eingeordnet werden können, siehe hierzu EY, UK FinTech: On the cutting edge. An evaluation of the international FinTech sector, Studie im Auftrag von HM Treasury, 24. Februar 2016. Werden zusätzlich traditionelle FinTechs berücksichtigt, beläuft sich der Umsatz im Vereinigten Königreich auf mehr als GPB 20 Mrd., siehe hierzu EY, Landscaping UK Fintech, Studie im Auftrag von UK Trade & Investment, 6. August 2014.

[188] Unter Berücksichtigung der Übernahme von 360T durch die Deutsche Börse für rund EUR 725 Mio. belaufen sich die Investitionen in Deutschland auf über EUR 1,2 Mrd. im Jahr 2015. Siehe hierzu EY, Rhein-Main-Neckar ist Deutschlands dynamischste FinTech-Region, Pressemitteilung vom 3. März 2016, http://www.ey.com/DE/de/Newsroom/News-releases/EY-20160303-Rhein-Main-Neckar-ist-Deutschlands-dynamischste-FinTech-Region, Abruf am 29. Juni 2016.

[189] CB Insights/KPMG, The Pulse of Fintech, 2015 in Review, Studie vom 9. März 2016, https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ pdf/2016/06/pulse-of-fintech-2015-review.pdf, Abruf am 29. Juni 2016. Deutsche Bank Research weist für das Jahr 2014 einen ähnlichen Wert aus und beziffert die Investitionen in FinTechs in Deutschland auf rund USD 85 Mio. Siehe hierzu May, H./Kaya, O., German FinTechs and traditional banks: Friend or Foe?, Präsentation vom 1. Oktober 2015, db research; https://www.dbresearch. com/PROD/DBR_INTERNET_EN-PROD/PROD0000000000366981/Presentation%3A_German_Fin-Techs_and_traditional_bank. pdf, Abruf am 29. Juni 2016.

internationalen Vergleich weiterhin gering. So beläuft sich das in FinTechs investierte Wagniskapital im Jahr 2015 weltweit auf ca. USD 13,8 Mrd.[190] Hiervon entfallen ca. USD 1,5 Mrd. auf Europa, davon allein ca. USD 962 Mio. auf das Vereinigte Königreich, USD 4,5 Mrd. auf Asien und USD 7,7 Mrd. auf Nordamerika.

1369. FinTechs treten als Wettbewerber von Banken auf, d. h. als selbstständige Internet-Ökosysteme (z. B. Crowd-Lending-Plattformen) oder als neue Wettbewerber bei Einzeldiensten (z. B. Kontoverwaltungsdiensten), arbeiten häufig aber auch im Rahmen von Kooperationen, d. h. als Produkt- oder Prozesspartner, mit Banken zusammen (auch: im Back Office). Die Übergänge zwischen beiden Aktionsformen sind fließend. Die von FinTechs abgedeckten Finanzdienstleistungen decken große Bereiche der Bankdienstleistungen für Privatkunden und (insbesondere Klein-)Unternehmen (Front Office) sowie dazu passende Innendienstleistungen (Back Office) ab, insbesondere:[191]

- Kontoführungsdienstleistungen, entweder durch FinTechs ohne Banklizenz für ein reines Guthabenkonto oder durch FinTechs mit Banklizenz für ein Online-Bankkonto mit Überziehungsmöglichkeit, entweder für Privatkunden oder für Jungunternehmen/KMU;[192] außerdem Kontoverwaltungsleistungen für bestehende Konten (Personal Finance Management)[193];
- Kreditdienste, etwa als Plattformen für Schwarmfinanzierung (Crowd Lending) von Privat an Privat oder von Privat an Unternehmen, Kreditvergleichs- und Kreditvermittlungsportale, Plattformen für kombinierte Produkte,[194] Spezialanbieter für Kurzzeitkredite (z. B. für Stundungs-/Ratenkäufe)[195];
- Geldanlagedienste in Form von Handelsplattformen für Privatanleger, auch im Rahmen eines sozialen Netzwerkdienstes (Social Trading)[196]; außerdem Plattformen für Anlagen im Rahmen von Schwarmfinanzierungen;[197]
- Anlageberatungsdienste zur Umgehung der provisionsbasierten Beratung von Banken durch onlinebasierte Finanzberatung, Anbieter von Beratungssoftware (insbesondere Robo Advisors);[198]
- Zahlungsdienste (Next Generation Payment), d. h. Systeme für mobiles und internetbasiertes Bezahlen[199], mobile Kassensysteme für Händler[200];

---

[190] Die weltweiten Investitionen in FinTechs insgesamt, also nicht nur in Form von Wagniskapital, belaufen sich der Studie zufolge auf ca. USD 19,1 Mrd.

[191] Vgl. Beck, R., Wer braucht noch Banken, Kulmbach 2015, Kap. 5; Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (316 ff.). Zu den Anteilen der einzelnen Segmente am gesamten FinTech-Geschäft siehe z. B. Barkow Consulting, German FinTech Startup-Classification (n = 275), http://www.barkowconsulting.com/wp-content/uploads/2015/07/German_FinTech_Universe.png, Abruf am 29. Juni 2016.

[192] Beispiele: Number 26 (ohne Banklizenz) bzw. die Fidor Bank und Holvi (mit Banklizenz). Erforderlich ist im erstgenannten Fall eine Bank als Kooperationspartner für die Abwicklung lizenzpflichtiger Bankdienstleistungen. Die hier als Beispiele genannten Unternehmen gehören freilich zu einer neuen FinTech-Generation, die aus Kundensicht ein Gesamtportfolio an Leistungen und nicht nur Einzelleistungen erbringt; dazu näher Abschnitt 3.3.3.

[193] Beispiele: Numbrs, finanzblick.

[194] Beispiele: Auxmoney, Lending Club (USA) und Lendico (D) (jeweils Kredite Privat an Privat); Zencap (Kredite Privat an Unternehmen); Check24 (Kreditvergleich), Interhyp (Immobiliarkreditvermittlung), Smava (Kombination Kreditvergleich/Crowd Lending).

[195] Beispiel: Vexcash, KreditUp. Wonga (UK).

[196] Beispiele: Tradegate Exchange (Handelsplattform) bzw. Moneymeets, Ayondo, eToro (Social Trading). Social-Trading-Plattformen ermöglichen es Kleinanlegern, z. B. den Strategien erfahrener Investoren zu folgen.

[197] Insbesondere Crowd Investing (z. B. Deutsche Mikroinvest, Fundsters, Bergfürst, Seedmatch, Krautreporter) und Crowd Lending (dazu s.o. Fn. 194).

[198] Beispiele: FinanzManager (ehemals Quicken), Mint, StarMoney.

[199] Dazu lassen sich unterschiedliche Systeme zählen, z. B. PayPal (garantiert Zahlung des Inhabers eines PayPal-Kontos); ClickandBuy, sofortueberweisung.de (jeweils mit Rückgriff auf bestehende Konten), Skrill/Moneybookers (prepaid, d. h., es ist kein Rückgriff auf das Konto notwendig); Klarna (Bezahlung per Rechnung). Als vergleichbare Systeme der herkömmlichen Banken sind Giropay bzw. Paydirect (Onlinezahlungen) und Girogo (Mobilzahlungen) zu nennen.

[200] Beispiele: iZettle, SumUp, Payleven (Abwicklung von Kartenzahlungen für Gewerbetreibende; mobiler PoS).

- Devisendienste, etwa Peer-to-Peer-Plattformen, welche die Inhaber von Beträgen in verschiedenen Währungen zur Umgehung von Wechselkursen/Abwicklungsgebühren zusammenführen;[201] Systeme unter Einsatz verbundener Prepaid-Kreditkarten[202] und andere für Wechselgeschäfte geeignete Online-Geldtransfersysteme[203];
- schließlich Angebote von Outsourcing-Software und markenlosen („White Label“) Softwarelösungen für Banken (Software as a Service – SaaS), die FinTech-typische Kundendienstleistungen ermöglichen oder die Prozesseffizienz im Back Office erhöhen.[204]

Hinzu kommen Vermittlungs- und Maklerdienste für Versicherungsprodukte für Privatkunden.[205] Außerdem werden im Geschäfts-/Firmenkundengeschäft über den Fokus dieses Abschnitts hinaus folgende Dienstleistungen angeboten:

- Investmentberatung über Internetplattformen (Gasteen); Aufbau von technischen Plattformen nach dem Modell von Online-Bewertungs- und Buchungsportalen u. ä., die etwa den Devisenhandel erleichtern sollen (z. B. Gator)[206];
- Dienste für den Ankauf von Forderungen.[207]

Das Angebot entwickelt sich insgesamt sehr dynamisch. Zurzeit ist der Markt in vielen der oben genannten Fälle bislang durch unterschiedliche innovative Lösungsansätze für dieselben Probleme gekennzeichnet.[208]

1370. Im Wettbewerb mit herkömmlichen Banken stoßen FinTechs in Bereiche vor, in denen das Angebot von speziell auf die Kundenpräferenzen hin zugeschnittenen digitalen Bankdienstleistungen bislang noch begrenzt ist. Dabei verdrängen Front-end-Anbieter die herkömmlichen Banken vom digitalen Kontakt zum Kunden, indem sie die Kundenschnittstelle für Mobile- und Online-Banking-Anwendungen besetzen.[209] Ziel ist es jeweils, durch ein für den Kunden attraktives Angebot von Einzelleistungen schnell zu wachsen und damit Größenvorteile zu realisieren (Skaleneffekte).[210]

1371. Die herkömmlichen Banken beobachten seit Längerem die Wettbewerbsvorstöße von FinTechs und reagieren im Einzelfall mit Verbesserungen ihres eigenen Angebots. In ihrem Verhältnis zu FinTechs können Banken die folgenden vier Wettbewerbsstrategien verfolgen:[211]

---

201 Beispiele: TransferWise, CurrencyFair.

202 Beispiel: Voxmoney.

203 Beispiele: Moneygram, PayPal, Western Union, WorldRemit.

204 Anbieter hierfür ist z. B. die Wirecard AG. Siehe auch Knipker/Serges, in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), 316 f., 320, 327.

205 R., T., Peer-to-peer insurance: Friends with benefits, The Economist vom 15. Juni 2012; Schulz, A., a. a. O. (Fn. 168).

206 Slodczyk, Wie ein trojanisches Pferd, Handelsblatt vom 19. Oktober 2015. Eine parallele Entwicklung stellt die Etablierung von Beratungsplattformen für private Vermögensanlagen dar; dazu o. A., Anleger entdecken Beratungsplattformen im Netz, dpa/faz.net vom 14. Januar 2015.

207 Gemeint sind hier Dienste für sogenanntes unechtes Factoring, d. h. für Forderungskäufe, bei denen das Risiko des Forderungsausfalls (Delkredererisiko) beim Lieferanten verbleibt; dazu Knipker/Serges, in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 311. Diese Dienste ergänzen das von Banken angebotene echte Factoring.

208 Vgl. EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 14 (zum Zahlungsverkehr); Desharnais, D., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 88 (88) (allg. zum elektronischen Handel).

209 Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (320).

210 Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (320).

211 Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (335 ff.); Freitag, Digitalisierung als Chance, Die Bank 7/2015, S. 30 ff.

- Banken entwickeln sich zu technischen Plattformen für FinTechs, d. h., stellen FinTech eine solche Plattform zur Verfügung oder schaffen ein eigenes, von ihnen weiter kontrolliertes Ökosystem[212] für FinTechs (Plattform-Option);[213]
- Banken investieren in FinTechs (Investoren-Option);
- Banken entwickeln eigene FinTech-Angebote (Entwicklungsoption);
- Banken kooperieren und integrieren Dienstleistungen in eigenes Geschäftsmodell (Integrationsoption).

Dabei geben die Optionen den Banken in unterschiedlichem Umfang Mitgestaltungsmöglichkeiten, deren Nutzung allerdings ein entsprechendes Wissen und eine geeignete Infrastruktur voraussetzt. Außerdem kann es bei einem getrennt bleibenden Marktauftritt des FinTechs zum Verlust von Kunden an die FinTechs kommen.

1372. Die Investitionen von Banken in die Entwicklung eigener digitaler Innovationen sind bislang – und zwar sowohl in Deutschland als auch außerhalb – relativ gering. In Europa hatten Retail-Banken im Jahr 2014 überhaupt nur 20-40 Prozent ihrer Prozesse digitalisiert und 90 Prozent der europäischen Banken setzten weniger als 0,5 Prozent ihrer Gesamtausgaben für digitale Systeme ein.[214] Ein Großteil der Investitionen in die digitale Infrastruktur gilt dabei weiter der Aufrechterhaltung bestehender Systeme.[215]

1373. Die Schwierigkeit besteht für herkömmliche Banken darin, dass sie einerseits ihre Organisation und die vorhandene, auf die Anforderungen der digitalen Ökonomie nur bedingt ausgerichtete Infrastruktur weiterentwickeln müssen, dabei andererseits aber ihr möglicherweise bestehendes Geschäft kannibalisieren oder aber den Kontakt zum Kunden an neue Anbieter verlieren.[216] In der Tat wird geschätzt, dass auf längere Sicht beträchtliche Anteile der Erträge des standardisierten Privatkundengeschäfts durch FinTechs gefährdet sein könnten.[217] Allerdings erscheinen Versuche, die bestehenden Strukturen zu erhalten und weiterzuentwickeln, vielfach kaum erfolgversprechend.[218]

1374. Insbesondere aufseiten der großen Universalbanken haben sich in letzter Zeit gleichwohl verschiedene Kooperationsmodelle entwickelt, bei denen die Banken FinTechs über Inkubatoren, Innovation Labs, Akzeleratoren usw. unterstützen und die neuen Dienstleister damit selbst als Quelle für Innovationen nutzen können.[219] In der Sparkassengruppe und der genossenschaftlichen Verbundgruppe sind es bislang vor allem die größeren Institute, die sich mit den Lösungsansätzen der neuen digitalen Anbieter auseinandersetzen.

---

[212] Der Begriff „Ökosystem“ wird hier im Sinne eines geschlossenen Beziehungsgefüges von aufeinander bezogenen Software- und unter Umständen Hardware-Komponenten verstanden, das von den Nutzern der digitalen Dienste einheitlich wahrgenommen wird; dazu von Dapp, T. F., Fintech reloaded – Die Bank als digitales Ökosystem, Studie vom 28. April 2015, db research, S. 4 ff.

[213] Dazu speziell Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (336), der darauf hinweist, dass diese Option sich deshalb vorrangig für das B2B-Geschäft anbietet, weil bzw. soweit dieses schon heute modular aufgebaut ist.

[214] Olanrewaju, The rise of the digital bank, McKinsey, Juli 2014; http://www.mckinsey.com/business-functions/business-technology/our-insights/the-rise-of-the-digital-bank, Abruf am 29. Juni 2016.

[215] Siehe schon Tz. 1353 in diesem Gutachten.

[216] Vgl. Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (321, 326); Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (338). Hinsichtlich Kannibalisierungsrisiken vgl. Gelis, P., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 235 ff; Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (338).

[217] BCG, Pressemitteilung vom 7. Juli 2015: „Achtel der Ertragsbasis geht in zehn Jahren verloren“; Roland Berger, Executive Retail Banking Survey: Digital Transformation, Summary Document, November 2015, Folie 19: “The disintermediation/debundling threat is more present than ever with an estimated 20-30% of revenues at risk [by competition from FinTechs]”; McKinsey, The Fight for the Customer, McKinsey Global Banking Annual Review 2015, S. 3 und 22 ff.: „We estimate that in five major retail banking businesses (consumer finance, mortgages, SME lending, retail payments and wealth management) from 10 to 40 percent of revenues (depending on the business) will be at risk by 2025, and between 20 and 60 percent of profits, with consumer finance the most vulnerable.“

[218] Siehe Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (338); siehe auch Gelis, P., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 235 (236); Margaris, S., ebenda, S. 238 (238).

[219] Kanning, Silicon Frankfurt, FAZ.net vom 19. Februar 2016; Habdank, DZ Bank: „Wir wollen von Fintechs vor allem lernen“, www.finance-magazin.de;

1375. In vielen Fällen sind die Geschäftsmodelle von FinTechs von vornherein auf eine Kooperation mit bestehenden Anbietern und die Einbindung in die Systeme anderer Finanzdienstleister angelegt. So ist die IT von FinTechs oft von vornherein mit Schnittstellen (API) versehen, um eine direkte Einbindung in andere Prozesse zu ermöglichen bzw. diese anzubinden.[220] Außerdem verzichten FinTechs angesichts des mit dem Erwerb verbundenen Aufwands häufig auf eine Banklizenz, was ein Hindernis sein kann, wenn das von ihnen angebotene Produkt Teil einer banklizenzpflichtigen Dienstleistung ist.[221] Ein Problem kann es für FinTechs weiter darstellen, wenn die Kommunikation mit dem Kunden im Fall eines individuellen Beratungsbedarfs dadurch erschwert wird, dass sie über keine Beratungsinfrastruktur verfügen, oder wenn das Vertrauen durch eine gewachsene Kundenbeziehung fehlt.[222] Diese Faktoren tragen dazu bei, dass FinTechs ihrerseits vielfach mit Banken in Kooperationen eintreten.[223]

1376. Eine Zusammenführung von FinTech- und Bankgeschäften kann, davon abgesehen, schlichtweg durch Marktprozesse erzwungen werden. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen FinTechs an der Marktdurchsetzung ihrer Produkte scheitern.[224] Zum Scheitern kann es – abgesehen von einem nicht hinreichend ausgereiften Angebot oder fehlerhaften Geschäftsentscheidungen – vor allem dann kommen, wenn ihre Finanzkraft nicht ausreicht, um eine kritische Masse an Kunden für sich zu gewinnen.[225] Auch in diesen Fällen gehen FinTechs entweder Kooperationen mit Banken ein oder verlegen sich auf die Erstellung von innovativen White-Label-Produkten[226] für Banken.

1377. Dabei dürfte die Kooperation von Banken und sonstigen Kapitalgebern mit FinTechs (auch z. B. Venture Capital-Unternehmen) nicht zuletzt dazu beitragen, dass sich die Expertise bei der Beurteilung und der Finanzierung von neu gegründeten FinTechs und allgemein von Start-ups verbessert. Denn Kapitalgeber sind bisher üblicherweise um so risikoaverser, je größer das zu finanzierende Projekt ist bzw. je schwerer es zu überblicken ist.[227] Die Geschäftsmodelle von Start-ups (wie z. B. im FinTech-Bereich) weisen während der Gründung hohe Risiken bei nur wenigen verfügbaren Sicherheiten aus; dann besteht in der Wachstumsphase ein hoher Finanzierungsbedarf, während künftige Mittelzuflüsse nur schwer abzuschätzen sind.[228] Dies hat in Deutschland in der Vergangenheit zu Problemen bei der Start-up-Förderung geführt, da diese nur über Förderbanken und Venture Capital-Gesellschaften erfolgt ist und sich kein nennenswertes Bankgeschäft in diesem Bereich entwickeln konnte.[229] Die Kooperation von herkömmlichen Finanzdienstleistern mit FinTechs könnte nun dazu beitragen, dass sich Probleme dieser Art vermindern, weil die Kapitalgeber das Geschäftsmodell ihrer Kooperationspartner besser beurteilen können. Im Laufe der Zeit dürfte sich mit zunehmenden Finanzierungsmöglichkeiten allerdings auch die Abhängigkeit der FinTechs von Banken vermindern, die bisher daraus folgt, dass die in Deutschland vorrangig zur Finanzierung genutzten Programme der Förderinstitute (insbesondere KfW) ebenfalls über Banken abgewickelt werden.[230]

---

[220] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (294).

[221] Dazu Freitag, R., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 329 (333).

[222] Niehage, F., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 33 (40); Freitag, R., ebenda, S. 329 (337).

[223] Bei diesen Banken handelt es sich häufig um spezialisierte Banken, die nicht im Publikumswettbewerb stehen (z. B. Wirecard Bank).

[224] Nach Aussagen von Marktbeobachtern überlebt bisher nur ungefähr die Hälfte der deutschen FinTechs; siehe Maschmeyer, C., in: Rottwilm, C., "Wer 10 Investments macht, sieht bis zu 5 Insolvenzen", Interview im manager magazin am 8. September 2015 (zu Anlagen in FinTechs); Schleidt, D., Wirbelwind zwischen Bankentürmen, faz.net vom 1. Juni 2016 („starker Wettbewerb […], dem fünf bis sechs von zehn Gründungen […] zum Opfer fielen“).

[225] Kritisch z. B. Dohms, H.-R., Fintechs verbrennen Millionen, Capital vom 16. März 2016; Fintechs- Revoluzzer ohne Geschäftsmodell, Capital vom 17. Mai 2016.

[226] White Label = markenlos, siehe Tz. 1369 in diesem Gutachten.

[227] O. A., Disrupters disrupted, Economist vom 16. Mai 2015, 61 (dort zu VC-Finanzierungen von Start-ups).

[228] Dapp, T. F., intech – Die digitale (R)evolution im Finanzsektor, a. a. O. (Fn. 157), S. 23.

[229] Dazu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2026.

[230] Davon abgesehen können FinTechs auch Finanzierungen über andere FinTech-Dienstleister suchen, etwa über Crowdfunding oder soziale Finanzierungsnetzwerke (z. B. AngelList); siehe auch schon Tz. 1390 in diesem Gutachten.

3.3.2.2 Besonderheiten bei Plattformdiensten (insbesondere Zahlungssystemen/Schwarmfinanzierungen)

1378. Bei einer Reihe von FinTechs (im weitesten Sinne)[231] besteht die wettbewerblich relevante Besonderheit, dass sie als Plattformen organisiert sind. Plattformdienste treten als Intermediäre zwischen verschiedene Nutzergruppen im Internet und ermöglichen es den Nutzern, über die Plattform unmittelbar in Kontakt zueinander zu treten. Beispiele im FinTech-Bereich sind neuartige Handelsplattformen, Portale für Schwarmfinanzierungen und Dienste, die den Transaktionspartnern Zahlungsvorgänge ermöglichen.

1379. Die Monopolkommission hat die Wettbewerbsmechanismen auf Märkten mit Plattformanbietern im Sondergutachten 68 untersucht. Plattformdienste erfordern häufig hohe Investitionen in die Plattforminfrastruktur und können durch die Zusammenführung verschiedener Nutzergruppen in ihrem laufenden Betrieb Konzentrationstendenzen auf den betroffenen Märkten auslösen – jeweils abhängig vom Umfang positiver Netzwerkeffekte, Skaleneffekten auf der Plattform, dem Vorhandensein negativer Netzwerkeffekte/Nutzungsbegrenzungen, Differenzierungsmöglichkeiten der Plattform, den Möglichkeiten zur Parallelnutzung bzw. zum Anbieterwechsel.[232]

1380. Bei den über Plattformen erbrachten neuartigen Finanzdienstleistungen erscheinen solche Konzentrationstendenzen zurzeit insgesamt weniger ausgeprägt als bei den im Sondergutachten 68 untersuchten Dienstleistungen. Dies soll an den Beispielen von neuen Zahlungsdiensten und Schwarmfinanzierungen näher erläutert werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass etwaige Konzentrationstendenzen nicht nur aus wettbewerbspolitischer Perspektive, sondern auch mit Blick auf Fragen der Finanzmarktstabilität relevant werden können.

Zahlungsdienste

1381. Zahlungsdienste machen ein bedeutendes Geschäftsfeld im Rahmen der Erbringung von Finanzdienstleistungen aus.[233] Die relevanten Märkte umfassen herkömmlich den Betrieb von Kartenzahlungssystemen und anderen Zahlungssystemen (z. B. Elektronisches Lastschriftverfahren – ELV, Online-Überweisungen).

1382. Der Wettbewerb im Bereich der Zahlungssysteme findet auf mehreren Marktstufen statt und hängt außerdem von den eingesetzten Vertriebskanälen ab.[234] Auf der obersten Marktstufe konkurrieren die Betreiber von Zahlungssystemen um Banken als Vertriebsmittler. Auf einer nachgelagerten Stufe konkurrieren die Banken z. B. innerhalb eines einzelnen Kartensystems um Händler als Akzeptanzstellen sowie um Verbraucher als Kartennutzer. Bei anderen Zahlungssystemen als Kartensystemen kann die nachgelagerte Marktstufe abweichend ausgestaltet sein. Manche Zahlungssysteme erlauben unter anderem Online-Zahlungen (z. B. Kreditkartensysteme), andere dienen ausschließlich der Online-Zahlungsabwicklung (z. B. PayPal, sofortueberweiseung.de). Speziell für mobile Zahlungen gibt es bisher erst wenige Anbieter.

1383. Eine Eigenart vieler Zahlungssysteme ist die plattformmäßige Ausgestaltung, soweit Händler und Verbraucher auf demselben Dienst zusammengeführt werden. In diesen Fällen kann es zu Konzentrationstendenzen aufgrund starker indirekter Netzwerkeffekte kommen. Denn das System ist für die Händler ebenso wie für die Verbraucher um so attraktiver, je verbreiteter es von Nutzern auf der jeweils anderen Plattformseite verwendet wird. Einer Konzentration ist weiter zuträglich, insoweit dass viele Zahlungssysteme sich an einen nicht weiter beschränkten Nutzerkreis richten; unbeschadet des Umstands, dass zumindest manche Systeme gerade auf besondere Nutzergruppen abzielen (z. B. Unternehmens-Kreditkartensysteme). Dennoch hat sich bisher kein einzelnes Zahlungssystem völlig durchsetzen können.

---

[231] D. h. unter Einschluss schon länger am Markt tätiger Unternehmen wie z. B. PayPal.

[232] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 45 ff., 54 ff. unter Verweis auf Evans, D. S.,/Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151–179.

[233] Dazu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2110 ff.

[234] Siehe z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Februar 2014, 39.398 – VISA MIF, Tz. 14 ff.; Entscheidung vom 19. Dezember 2007, 34.579 – MasterCard, Tz. 257 ff.; Entscheidung vom 14. August 2007, M.4844 – Fortis/ABN Amro Assets, Tz. 42 ff.; BKartA, Entscheidung vom 8. April 2014, B4 – 9/11, Tz. 5 ff., 30 ff.; BKartA, Pressemitteilung vom 9. Juni 2006.

1384. Im Bereich der Online-Zahlungsdienste wurden in den letzten Jahren dessen ungeachtet mehrfach „revolutionäre" Veränderungen angekündigt, zunächst durch Einführung einer Alternative zu dem verbreiteten System von PayPal. Das Zahlungssystem von PayPal ist als nicht TAN-basiertes[235] System in Deutschland seit 2004 verfügbar. Die Sparkassen und Genossenschaftsbanken haben in einem ersten Schritt das System Giropay im Jahr 2006 als Alternative eingeführt, in diesem Fall ein TAN-basiertes Online-Bezahlungssystem. Seit November 2015 bieten die deutschen Institute (einschließlich der Privatbanken) parallel das System Paydirekt ohne TAN an.[236] Im Jahr 2016 wurde nun angekündigt, dass die TAN auch bei Giropay für Beträge bis EUR 30 entfallen soll.[237] Als – von den Banken bekämpftes[238] – unabhängiges Alternativsystem hat sich das PIN[239]- und TAN-basierte Online-Bezahlsystem von sofortueberweisung.de am Markt etablieren können. Die angekündigte Revolution bei Online-Zahlungssystemen erfolgt nach der bisherigen Entwicklung langsamer, als erwartet worden war. Dies dürfte auf die erheblichen technischen Schwierigkeiten bei der Einführung solcher Dienste, aber auch auf Faktoren wie die EU-Regulierung von Transaktionsgebühren zurückzuführen sein.[240] Zudem gelten TAN-basierte Systeme zwar als sicherer als nicht TAN-basierte Systeme; sie sind aber für den Kunden auch umständlicher.

1385. Ein erhebliches Marktpotenzial wird auch seit Längerem für die Einführung von Zahlungssystemen gesehen, mit denen Kunden im Handel kontaktlos zahlen können. Die Deutsche Kreditwirtschaft musste sich diesbezüglich lange mit Schwierigkeiten auseinandersetzen. So haben die Sparkassen (unter anfänglicher Zusammenarbeit mit den Genossenschaftsbanken) zwar ab 2012 das Prepaid-System Girogo eingeführt. Dieses System wird aber vom Handel offenbar immer noch nur teilweise unterstützt.[241] In diesem Jahr haben die Genossenschaftsbanken eine „Girokarte kontaktlos" eingeführt, die in Zukunft auch von den Privatbanken und Sparkassen vertrieben werden wird.[242]

1386. Als Alternative zu den Zahlungssystemen der Deutschen Kreditwirtschaft hat die große Einzelhandelskette Aldi Nord kürzlich die eigene Einführung kontaktloser Bezahlfunktionen angekündigt.[243] Die großen Mobilfunkanbieter (Deutsche Telekom, Telefónica, Vodafone) bieten zudem sogenannte Wallet Apps an, die von Nutzern auf ihr Smartphone geladen und für Zahlungen genutzt werden können.[244] Noch unklar ist, ob auch große Technologie- und Internetunternehmen eigene Wettbewerbsvorstöße in Deutschland im Bereich kontaktloser Zahlungen planen. Dies betrifft insbesondere den Dienst ApplePay, der im September 2014 vorgestellt wurde, bisher aber nur außerhalb Deutschlands

---

235 TAN = Transaktionsnummer, ein einmaliges numerisches Passwort.

236 Frühauf, M., Konkurrenz für Paypal, FAZ.net vom 19. August 2015; pli/AFP, Mit diesem Bezahldienst wollen deutsche Banken Paypal platt machen, Focus vom 15. November 2015.

237 De la Motte, L., Wettlauf der Systeme, Handelsblatt vom 30. März 2016, S. 34; Mussler, H., Die Digitalisierung der Sparkassen hakt, FAZ.net vom 2. November 2011.

238 Zum laufenden Verfahren des Bundeskartellamts zu Online-Überweisungen siehe BKartA, Jahresbericht 2014, S. 24; dazu auch schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2110.

239 PIN = Persönliche Identifikations-Nummer (auch: Geheimzahl), d. h. ein numerisches Passwort für die Authentifizierung, beispielsweise beim Zugriff auf ein Bankkonto.

240 Bay, L., Warum Apple vor einem Flop stehen könnte, Handelsblatt vom 20. November 2014. Zur relevanten EU-Regulierung siehe insbesondere Verordnung 2015/751 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABl. L 123 vom 19. Mai 2015, S. 1; dazu auch schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2121.

241 Siehe einerseits Sharma, girogo mit bereits 10.000 Akzeptanzstellen in Deutschland, http://www.nfc-ready.de/ vom 10. Oktober 2014; andererseits o. A., "girocard kontaktlos" ersetzt girogo: Volks- und Raiffeisenbanken starten Pilotprojekt im Raum Kassel, http://www.it-finanzmagazin.de/ vom 28. Mai 2015; Bender, H., Aldi akzeptiert, BargeldlosBlog vom 12. Juni 2015 („seltenen Girogo-Akzeptanz-Exemplare").

242 De la Motte, L./Slodczyk, K., Niederlage für die Sparkassen: Genossen setzen Standard fürs kontaktlose Bezahlen, Handelsblatt vom 13. Januar 2016.

243 Woll, J., In 2400 Filialen: Aldi Nord startet kontaktloses Bezahlen per NFC, http://winfuture.de/ vom 9. Juni 2015. Der Begriff NFC (Near Field Communication) bezeichnet einen technischen Standard zum kontaktlosen Austausch von Daten.

244 O. A., So funktioniert Aldis Bezahl-Revolution, Stern vom 10. Juni 2015.

verfügbar ist.[245] Diesem Dienst werden, unter anderem aufgrund der Kooperation zwischen Apple und den drei großen U.S.-Kreditkartenunternehmen[246], gute Chancen zugemessen, sich erfolgreich am Markt zu etablieren.

1387. Die Tatsache, dass die Vorstöße zur Einführung neuer Online- und Mobil-Zahlungssysteme in den letzten Jahren mit großen Schwierigkeiten verbunden waren, belegt, dass die Etablierung eines solchen Systems neben den schon bestehenden Angeboten eine hohe Expertise bei der Ausgestaltung und unter Umständen erhebliche Investitionen beim Aufbau der Zahlungsplattform erfordert. Die bei anderen Plattformsystemen verfolgte Durchsetzung über eine asymmetrische Preisgestaltung (zum Vorteil der Verbraucherseite) kommt bei Zahlungssystemen, die sich an Verbraucher wenden, schon deshalb nicht ohne Weiteres in Betracht, weil gegenüber dem Verbraucher, unter anderem aufgrund von (direkten und indirekten) Nichtdiskriminierungsvorgaben der bestehenden Kartensystembetreiber, häufig keine Gebühren für die Nutzung eines bestimmten Zahlungssystems ausgewiesen werden.[247] Das hat dazu beigetragen, dass die Verbraucher häufig verschiedene Zahlungssysteme parallel nutzen (Multihoming).[248]

Schwarmfinanzierungen

1388. Dienste für Schwarmfinanzierungen (Crowd Finance; auch: Crowd Funding) sind Plattformdienste, an denen sich auf einer Plattformseite Kapitalgeber (Investoren, Kreditgeber) und auf der anderen Seite Kapitalnehmer (Projektinhaber, Kreditnehmer) beteiligen. Bei den bisher vorhandenen Diensten für Schwarmfinanzierungen kann nach Maßgabe des darüber verfolgten Finanzierungszwecks zwischen Diensten für die Geldanlage (Crowd Investing), die Projektfinanzierung (Crowd Funding im engeren Sinne), Kreditgeschäfte (Crowd Lending) und andere Zwecke (z. B. ideelle Zwecke, Kundenbindung über Bonussysteme) unterschieden werden.[249]

1389. Eine alternative Unterteilung von Schwarmfinanzierungsdiensten lässt sich nach der Organisation der Kapitalbeschaffung treffen. Danach gibt es spendenbasierte (donation-based), belohnungsbasierte (reward-based), kreditbasierte (lending/credit-based) und anteilsbasierte (equity-based) Dienste.[250] Im Wettbewerb mit herkömmlichen Finanzdienstleistern dürften insbesondere kredit- und anteilsbasierte Dienste stehen.

1390. Die kredit- und anteilsbasierten Dienste, deren Finanzierungszweck in einer Geldanlage und Projektfinanzierung liegt, sammeln in Deutschland üblicherweise Gelder zur Einräumung stiller Beteiligungen oder von sogenannten Beteiligungsdarlehen ein.[251] Auf Kapitalgeberseite stehen dabei oft institutionelle Anleger, die Fondsgelder anlegen.[252] Demgegenüber dienen Kreditplattformdienste der Vermittlung von regulären zinslosen oder verzinslichen Darlehen von Privat an Privat (Peer-to-Peer, C2C) oder von Privat an Unternehmen (C2B). Je nachdem, ob die Kapitalnehmer

---

[245] Vgl. Schwan, B., Apple Pay kommt in fünf neue Länder, Heise vom 28. Oktober 2015.

[246] American Express, MasterCard und Visa.

[247] Non-Discrimination Rules, Honor-all-Cards/Products Rules; beachte dazu die Rechtsänderung des vergangenen Jahres in Art. 10 f. VO 2015/751, a. a. O. (Fn. 240), die viele solcher Regeln verbietet; ferner EU-Kommission, Folgenabschätzung (Impact Assessment) vom 24. Juli 2013, SWD(2013) 288 final, Band 1/2, S. 24; Ital. AGCM, Entscheidung vom 3. November 2010, 21768 – Carte di credito, Boll. n. 43/2010; ECN Subgroup Banking and Payments, information paper on competition enforcement in the payments sector, März 2012.

[248] Zum Multihoming in diesem Kontext Dapp, T. F., intech – Die digitale (R)evolution im Finanzsektor, a. a. O. (Fn. 157), S. 20.

[249] Vgl. Beck, R., a. a. O. (Fn. 191), S. 196 ff.

[250] Siehe Viotto, J., Competition and Regulation of Crowdfunding Plattforms: a Two-Sided Market Approach; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741883, Abruf am 29. Juni 2016 ; ferner Stellungnahmen zur Anhörung Ausschuss Digitale Agenda am 11. November 2015: https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a23/anhoerungen/fachgespraech-digitalisierung-in-der-finanzwirtschaft/417416, Abruf am 29. Juni 2016.

[251] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (313); Beck, R., a. a. O. (Fn. 191), S. 197, 199 f. (und die Beispiele auf den folgenden Seiten). Stille Beteiligungen sind Eigenkapitalbeteiligungen, bei denen der Kapitalgeber gegen eine Gewinnbeteiligung auf seine Rechte als Eigenkapitalinhaber verzichtet; siehe §§ 230 ff. HGB. Beteiligungsdarlehen (auch: partiarische Darlehen) sind eine spezielle Form von Darlehen (§§ 488 ff. BGB), bei der die Vergütung des Darlehensgebers nicht (oder zumindest nicht primär) über den Darlehenszins, sondern im Wesentlichen eine finanzielle Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligung erfolgt.

[252] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (309).

über die Plattform eine bestimmte Mindestfinanzierung anwerben müssen, bevor das Finanzierungsprojekt überhaupt zustande kommt, lassen sich des Weiteren Fixed-funding- oder Flexible-funding-Modelle unterscheiden. Bei Letzteren stellen die Schwellen für die Kapitalgeber ein Qualitätssignal bezüglich der Finanzierungswürdigkeit eines Projekts dar; allerdings kommt eine Finanzierung zum Nachteil des Kapitalnehmers unterhalb der Schwelle nicht zustande.

1391. Schwarmfinanzierungen stehen im Fokus des öffentlichen Interesses, da sie eine Alternative zu Banken in deren Kerngeschäft darstellen und im Übrigen auch für die Start-up-Finanzierung relevant sind. Schwarmfinanzierungsplattformen profitieren von indirekten Netzwerkeffekten, da sie für Kapitalgeber bzw. Kapitalnehmer jeweils um so attraktiver werden, je mehr Nutzer sich auf der anderen Plattformseite beteiligen. Um insbesondere Kapitalgeber anzuziehen, ist die Preissetzung für die Nutzung der Plattform oft asymmetrisch, d. h., Gebühren fallen nur bei den Kapitalnehmern an.

1392. Trotz der vorhandenen Netzwerkeffekte sind Konzentrationstendenzen des Plattformgeschäfts bisher nur in einem sehr eingeschränkten Umfang festzustellen. Dies dürfte unter anderem daran liegen, dass die Plattformbetreiber ihr Geschäft auf bestimmte Zielgruppen auf einer der beiden Plattformseiten hin ausrichten und somit nur die Finanzierungsgesuche bestimmter Kapitalnehmer (z. B. nur C2C bzw. C2B) akzeptieren oder nur bestimmte Kapitalgeber ansprechen (z. B. Kreditgeber für bestimmte Projekte).[253] Außerdem nutzen Kapitalgeber zur Risikostreuung oft mehrere Schwarmplattformen parallel, und außerdem verschiedene Finanzanlageformen (Multihoming).

1393. Ein zentrales Wachstumshindernis scheint bislang aber zu sein, dass Kapitalgeber insbesondere auf Verbraucherseite Schwarmfinanzierungs-Plattformen kaum als Alternative zu bisherigen Geldanlageformen ansehen. So hat z. B. eine Untersuchung im Vereinigten Königreich ergeben, dass rund 60 Prozent der Internetnutzer in Zukunft wahrscheinlich keine alternativen Finanzierungsplattformen nutzen werden.[254] Ein Bericht der Europäischen Kommission hat gezeigt, dass die Anleger immer noch unzureichend über die Risiken von Schwarmanlagen informiert sind.[255] Dies stellt nach dem Eindruck von Beobachtern insbesondere bei solchen Plattformen ein Problem dar, deren Geschäftsmodell relativ stark auf die Belange gewerblicher Kapitalnehmer ausgerichtet ist.[256] Einstweilen dürften Schwarmfinanzierungen daher ein auf einzelne Marktnischen beschränktes Geschäft bleiben.

3.3.2.3 Zwischenergebnis: Bessere Befriedigung der Kundennachfrage

1394. Der Markteintritt von FinTechs kommt grundsätzlich den Kunden zugute, da er innovative Dienstleistungen verfügbar macht. Aus Kundensicht vereinfachen FinTechs die Durchführung einzelner Finanzdienstleistungen, indem sie solche Dienstleistungen auf die Kundenpräferenzen zuschneiden (= digitale Assistenz). Davon abgesehen ist positiv hervorzuheben, dass die Angebote von FinTechs zum Teil auch solchen Kundengruppen Zugang zu Finanzdienstleistungen eröffnen, die angesichts hoher Risiken und geringer Erträge durch das standardisierte Angebot herkömmlicher Banken nicht erreicht werden konnten. Ein Beispiel hierfür sind Dienste, die – aus Bankensicht – nicht kreditwürdigen Schuldnern Zugang zu Schwarmkapital verschaffen (Crowd Lending).[257]

1395. Trotz dieser Vorzüge erfüllen die auf Einzelleistungen bezogenen Verbesserungen die Kundenerwartungen noch nicht vollständig. Ein Problem stellt es einstweilen dar, dass laufend eine kaum zu überblickende Zahl neuer Dienste in

---

[253] Viotto, J., Competition and Regulation of Crowdfunding Plattforms: a Two-Sided Market Approach, a. a. O. (Fn. 250).

[254] Baeck, P./Collins, L./Zhang, B., Understanding alternative finance: The UK Alternative Finance Industry Report 2014, S. 14, http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/understanding-alternative-finance-2014.pdf, Abruf am 29. Juni 2016.

[255] SpaceTec, Crowdfunding innovative ventures in Europe: The financial ecosystem and regulatory landscape, Studie für die EU-Kommission, 30-CE-0614273/00-88, SMART N° 2013/0074, S. 66 f.; Viotto, J., Competition and Regulation of Crowdfunding Plattforms: a Two-Sided Market Approach, a. a. O. (Fn. 250), S. 11 ff.

[256] Smith, C., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 149 (151); in diesem Beitrag auch zu den vorgenannten Studien, a. a. O. (Fn. 255 f.).

[257] Dazu Morgenthaler, P., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 203 (206 ff., 211); Beck, R., a. a. O. (Fn. 191), S. 160 ff., 222 ff.

den Markt eintreten; allerdings dürfte sich die damit verbundene Informationsüberflutung der Kunden mit der Marktdurchsetzung einzelner Lösungen reduzieren. Schwerwiegender ist, dass die bisher vorgestellten Innovationen grundsätzlich noch nicht zu einem optimal auf die Kundenbedürfnisse abgestimmten Gesamtangebot führen.

3.3.3 Dritte Phase: Entwicklung neuer Komplettanbieter

1396. In einem dritten Schritt sind daher Vertreter einer neuen Generation von FinTechs in den Markt eingetreten, die verschiedene Einzeldienstleistungen auf einer (technischen) Plattform[258] bündeln und dem Kunden über ein einheitliches Portal bzw. eine Mobil-Applikation den Zugriff auf diese Dienstleistungen erlauben.[259] Das Portal umfasst einen Grundbestand an eigenen Diensten (Kontoführung, Karten, eWallet), die unabhängig von bestehenden Systemen zusammengestellt, mit einer Ebene von API-Schnittstellen für Dienste von Drittanbietern unterlegt und durch eine umfangreiche Compliance- und Kundenlegitimations-Infrastruktur ergänzt werden.[260] Zusätzlich kann der Portalbetreiber ein eigenes Beratungsangebot machen oder die Beratungsleistungen direkt von seinen Partnern erbringen lassen.

1397. Die beschriebenen Systeme werden auch als digitale (Finanz-)Marktplätze bezeichnet. Ihre Struktur erlaubt es nicht nur, Bankdienstleistungen und innovative FinTech-Dienste (z. B. Peer-to-Peer-Dienste) einzubinden. Vielmehr können sie auch so aufgebaut werden, dass der Portalbetreiber dem Kunden bei einer individuellen Anfrage aus einem Pool von Anbietern das beste Angebot bereitstellt. Schließlich ist es grundsätzlich möglich, Kunden über die Plattform auch den Zugriff auf Dienste von Nichtbank-Unternehmen einzuräumen (z. B. zur Verwaltung eines Mobilfunkaccounts).

1398. Es handelt sich zurzeit um ein Nischenangebot, dem jedoch ein erhebliches Marktpotenzial zugeschrieben wird. Die betreffenden FinTechs können entweder selbst über eine Banklizenz verfügen (z. B. Fidor Bank, Holvi) oder als technische Dienstleister mit einer Abwicklungsbank im Hintergrund agieren (Number26). In diesem Jahr haben mehrere herkömmliche Banken und Sparkassen angekündigt, mit vergleichbaren Diensten nachzuziehen.[261]

1399. Die digitalen Finanzmarktplätze stellen angesichts ihres vollständigen eigenen Produktsortiments Wettbewerber von herkömmlichen Direkt- und Filialbanken dar. Außerdem konzentrieren sie sich – im Gegensatz zu bisherigen FinTechs – nicht auf ein technisch verbessertes Angebot einzelner Finanzdienstleistungen, sondern speziell auf die Verbesserung der Schnittstelle, über die dem Kunden der digitale Zugriff auf solche Dienstleistungen ermöglicht wird.[262] Ziel ist dabei die Bündelung einzelner Finanzdienstleistungen zu einem den jeweiligen individuellen Kundenpräferenzen entsprechenden Gesamtangebot.

1400. Aufgrund ihres Geschäftsschwerpunkts stellen die Finanzmarktplätze mit ihrem Angebot allerdings nicht nur wettbewerbliche Alternativen dar, sondern sind zugleich offen für Kooperationen mit Banken, Versicherungen, FinTechs und sonstigen Unternehmen mit digitalen Angeboten.[263] Die möglichen wettbewerblichen Auswirkungen sind noch kaum abzuschätzen, allerdings erscheinen die folgenden Entwicklungen zumindest denkbar:

- Die Offenheit für Kooperationen der neuen FinTechs mit Banken könnte in Bezug auf Bankdienstleistungen für internetaffine Privatkunden die Entwicklung hybrider Geschäftsmodelle und, mit der Zeit, die Verschmelzung von herkömmlichen Banken und FinTechs in Bezug auf Dienstleistungen für digital affine Privatkunden

---

[258] Der Begriff Plattform bezeichnet im Bereich von IT-Systemen eine Software-Ebene mit Schnittstellen, auf der Anwendungsprogramme ausgeführt und entwickelt werden können. Der Begriff ist vom ökonomischen Plattformbegriff zu unterscheiden.

[259] Dazu Schwab, F./Guibaud, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 245 (246); Gelis, P., ebenda, S. 235 (235); Margaris, S., ebenda, S. 238 (238); siehe auch Kanning, Jetzt kommen die Lego-Banken, FAZ.net vom 16. April 2016.

[260] Gelis, P., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 235 (235, 237). Sogenannte Know-Your-Customer-Systeme (KYC-Systeme) dienen der Legitimationsprüfung mit Blick auf Geldwäscherisiken.

[261] Deutsche Bank, Deutsche Bank startet neue Banking-App, Presse-Information vom 26. April 2016; Dohms/Schreiber, Sparkassen planen „Smartphone-Bank“, Süddeutsche.de vom 2. Mai 2016; dazu auch o. A. Yomo: Acht Sparkassen, Finanz Informatik, rheinlandmobil und Star-Finanz basteln am number26-Killer, IT Finanzmagazin vom 3. Mai 2016.

[262] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (327).

[263] Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (238).

fördern.[264] In einem solchen Fall liegt es nahe, dass die Geschäftsmodelle sich erneut ausdifferenzieren: So könnten sich erfolgreiche Banken bzw. FinTechs jeweils zu Finanzmarktplatzbetreibern entwickeln, die Bankdienstleistungen Dritter vertreiben; ansonsten könnten sie sich eine Nische suchen und entweder zu Zulieferern von Kundendienstleistungen unter einer eigenen Marke bzw. markenlos (White Label) werden (Front Office) oder auch Abwicklungsaufgaben im Hintergrund übernehmen (Back Office).[265]

- Durch die weitere Entwicklung von offenen Marktplatzsystemen könnte es auch Nichtbankunternehmen aus dem Technologiebereich (z. B. Anbietern von Internetdiensten, Mobilfunkbetreibern) erleichtert werden, sich im Bereich digitaler Finanzdienstleistungen zu engagieren.[266]

Inwiefern sich diese Entwicklungen realisieren, wird die Zukunft weisen.

1401. Aus Kundensicht erlauben Marktplatzsysteme es – anders als das Angebot von Banken und FinTechs für Einzeldienste –, dass der Kunde aus einer Hand jeweils auf die individuellen Präferenzen zugeschnittene Finanzdienstleistungen in Anspruch nimmt. Zugleich lässt sich die Informationsflut, welcher der Kunde hinsichtlich digitaler Finanzdienste bislang ausgesetzt ist, vermindern, da für ihn relevante Einzeldienste vom Betreiber des Marktplatzsystems automatisch eingebunden werden können. Marktplatzsysteme können auch so aufgebaut sein, dass sie es dem Kunden nicht nur ermöglichen, die Dienstleistungen einzelner Anbieter zu überblicken und zu vergleichen (Informations- und Vergleichsplattform), sondern dass Anfragen des Kunden nach Finanzprodukten für unterschiedliche Anbieter auch ausgeschrieben werden (Auktionsplattform). Damit wird ein einzelfallbezogener Wettbewerb um Finanzdienstleistungen möglich, der dem Kunden einen zusätzlichen Mehrwert gegenüber den bisherigen Angeboten verschafft.

1402. Die Ausrichtung auf einen solchen Mehrwert bedeutet wiederum, dass Finanzdienstleister, die Marktplatzsysteme betreiben oder mit diesen kooperieren, ihr Angebot konsequent auf bestimmte Kundengruppen ausrichten müssen.[267] Dies legt eine Diversifizierung nach Kundengruppen nahe.[268]

3.4 Ausblick: In welche Richtung steuert der Markt?

1403. Eine offene Frage ist, ob Neuerungen im Zuge der Digitalisierung ein „disruptives Potenzial“ entfalten und ob somit auf absehbare Zeit eine grundlegende Neuordnung des Finanzsystems zu erwarten ist. So ist verschiedentlich darauf spekuliert worden, dass große Technologieunternehmen oder Internetdienstleister (Apple, Facebook, Google usw.) den Markt insgesamt umwälzen könnten.[269] Eine grundlegende Neuordnung des Finanzsystems wäre nicht nur wettbewerblich von Bedeutung, sondern könnte auch mit Stabilitätsrisiken einhergehen.[270]

1404. Aus Sicht der Monopolkommission können zukünftige „Disruptionen“ auf den Finanzmärkten zwar nicht ausgeschlossen werden, doch ist die Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens aus heutiger Sicht eher zurückhaltend zu bewerten. Die Digitalisierung hat die Finanzdienstleistungen (von Banken, Versicherungen usw.) bisher nicht als solche verändert, sondern nur die technischen Abläufe bei der Erbringung dieser Dienstleistungen.[271] Die wesentlichste Änderung dürfte

---

[264] Eine solche Hybridisierung ist ebenso bei einzelnen Finanzprodukten denkbar, etwa durch die Kombination von menschlicher und algorithmischer Beratung (Robo Advisors); dazu Mellinghoff, M., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 147 (148).

[265] Ferrari, R., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 248 (252); siehe auch Schwab, F./Guibaud, S., ebenda, S. 245 (246).

[266] Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (240).

[267] Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (239).

[268] Gelis, P., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 235 (235).

[269] Siehe z. B. Ertinger, S./Kerkmann, C., Willkommen bei der Google-Bank!, Handelsblatt vom 20. Juni 2013; Berdak, O., Why Asking About Google Bank Is The Wrong Question, Oliwia Berdak's Blog, Eintrag vom 29. Juli 2014; Hirt, O./Kröner, A., Internetfirmen drängen ins Banking – „Es wird furchtbar“, Reuters Insight vom 23. Juni 2014/8. Mai 2015; o. A., Banken fürchten „Paypal“ und Co., Handelsblatt vom 12. Februar 2013; Seibel, K., Banken haben Angst vor Google & Co., Welt Online vom 24. Juni 2013; siehe auch Knop, C., Apple will das Bezahlen revolutionieren, FAZ vom 11. September 2014, S. 17; o. A., Mobile payments: Unfriending cash, The Economist vom 21. März 2015 (zu neuen Bezahlfunktionen bei Apple bzw. Facebook).

[270] Zum Verhältnis von Wettbewerbspolitik und dem Schutz der Finanzstabilität siehe schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1382 ff.

[271] Siehe Gelis P., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 235 (235); Gyori, D., ebenda, S. 264 (264).

bisher die Verlagerung von Bankdienstleistungen aus den örtlichen Geschäftsstellen ins Internet darstellen. Hierdurch vermindert sich freilich die Notwendigkeit für die Filialnetze der Banken und Sparkassen in ihrer jetzigen Form. Eine Disruption bestehender Geschäftsmodelle scheint im Bankgeschäft somit bereits im gegenwärtigen Markt stattzufinden.

1405. Auch wenn weitere grundlegende Umwälzungen im Finanzsystem jedenfalls derzeit nicht absehbar sind, ist es allerdings wahrscheinlich, dass sich der Wettbewerb in den kommenden Jahren durch die Digitalisierung verstärken wird, dass sich die Standardisierung und Modularisierung von Bankdienstleistungen fortsetzen werden und dass die Anbieter ihr Geschäft weiter auf die Kundenpräferenzen hin werden ausrichten müssen.[272]

1406. Der zunehmende Wettbewerb dürfte die schon heute beobachtbare Konsolidierung in verschiedenen Bereichen des deutschen Finanzsystems beschleunigen. Denn Finanzdienstleistungen lassen sich in der digitalen Welt auf kein bestimmtes Geschäftsgebiet beschränken, weshalb grundsätzlich alle Anbieter solcher Dienstleistungen untereinander konkurrieren. Zumindest bei einzelnen digitalen Dienstleistungen sind zukünftig auch Angebote von (bisher) branchenfremden Anbietern zu erwarten.[273] Bereits heute geht zudem von Unternehmen wie Apple, Facebook, Google usw. ein erheblicher Innovationsdruck auf die bestehenden Marktteilnehmer aus, auch wenn die genannten Unternehmen bisher auf ein eigenes Angebot von Finanzdienstleistungen, zumindest in Deutschland, verzichten.

1407. Die Standardisierung und Modularisierung dürfte dauerhaft ein Einfallstor für FinTechs und andere Unternehmen bleiben, um sich einen Zugang zum Markt für ihre eigenen digitalen Finanzdienstleistungsangebote zu erschließen. Es liegt nicht ganz fern, dass dies im Einzelfall zu aufsichtsrechtlichen Problemen führen kann. Denn bei herkömmlichen Finanzdienstleistern stehen aus aufsichtsrechtlichen Regulierungsgründen und auch aus Kundensicht ihre Verlässlichkeit und der Schutz anvertrauter Gelder im Vordergrund. Neue Projekte bedeuten deshalb einen erheblichen Aufwand, bei dem sich ein Scheitern nicht selten verbietet.[274] Demgegenüber sind neue Marktteilnehmer in der digitalen Welt häufig aufsichtsrechtlich unreguliert und setzen darauf, Kunden für neuartige Lösungen zu gewinnen, wobei sie bei diesem Ansatz auch ein Scheitern bis hin zum Totalverlust der von ihnen investierten Mittel in Kauf nehmen.[275]

1408. Die Ausrichtung auf die Kundenpräferenzen dürfte dazu führen, dass die Bedeutung von Kundendaten zunehmen wird und dass Kundendaten genauer als bisher ausgewertet werden.[276] Die Analyse umfangreicher (Kunden-)Datenbestände ermöglicht die Entwicklung massentauglicher Angebote von gleichwohl weitgehend kundenorientiert ausgestalteten Dienstleistungen.[277] Die betreffenden Daten stehen einzelnen Finanzdienstleistern allerdings immer weniger allein zur Verfügung, denn angesichts der Modularisierung und des Hinzutretens digitaler Dienstleister eröffnet sich auch für Dritte ein Zugriff auf solche Daten. Andererseits verliert der Preis bei standardisierten und modularisierten Dienstleistungen für die Anbieter seine Bedeutung als wettbewerblicher Differenzierungsfaktor.[278] Deshalb dürfte es zunehmend wichtiger werden, sich durch einen wahrnehmbaren Mehrwert auf der Produktseite von den

---

[272] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (318).

[273] EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 12; siehe auch Kanning, T./Heeg, T., Mobilfunkanbieter drängen ins Bankgeschäft, FAZ.net vom 6. Mai 2016; schon zuvor: MasterCard, Deutsche Telekom, Telefónica Deutschland, Vodafone und MasterCard vereinfachen gemeinsam mobile Zahlungen, Pressemitteilung vom 25. Februar 2014.

[274] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (298); siehe auch Hatami, A., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 170 (170).

[275] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (298); Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (239).

[276] Vgl. EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 12 (Bedeutung von „Big Data“). Zur möglichen Wettbewerbsrelevanz der damit verbundenen Datenschutzfragen siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 92 ff., 514 ff.

[277] Horváth & Partners, FinTechs – Angriff auf die Geschäftsmodelle von Banken, Marktanalyse vom Juli 2014, S. 5 („mit nur wenigen Klicks individualisiert und online abschließbar“); Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 15, 78 (zur Personalisierung).

[278] Zander, M., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 347 (352); zur Bedeutung des Preises aus Kundensicht vgl. Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (320 f.).

Konkurrenten abzuheben.[279] Diesbezüglich könnten in wachsendem Maße auch Bewertungen in den sozialen Medien relevant werden.[280]

1409. Schließlich dürfte sich die Tendenz fortsetzen, dass Finanzdienstleister im Rahmen von datenbasierten Vergütungsformen immer stärker durch andere Unternehmen ersetzt oder ohne jeden Ersatz verdrängt werden.[281] Eine datenbasierte Vergütung kann im Rahmen des bestehenden Finanzsystems stattfinden, z. B. wenn Diensteanbieter Verbraucherdaten dazu einsetzen, um Online-Werbemöglichkeiten anzubieten und dadurch Erlöse bei Dritten zu generieren.[282] Möglich sind aber auch rein datenbasierte Vergütungsformen, die vom bestehenden Finanzsystem unabhängig sind (z. B. bei Nutzung von Kryptowährungen).[283] In jedem Fall dürfte, auch ungeachtet der vorgenannten Entwicklungen, die Abhängigkeit des Geschäfts von Finanzdienstleistern vom technologischen Fortschritt und den Geschäftsmodellen digitaler Diensteanbieter weiter zunehmen.[284]

3.5 Wettbewerbskonforme Regulierung

1410. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist neben einem Verständnis der Marktentwicklung vor allem die Frage von Interesse, inwiefern die gesetzliche und behördliche Regulierung anzupassen ist, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen (level playing field) zu schaffen. Bei Anwendung eines wettbewerbspolitischen Maßstabs ist darauf zu achten, dass Eingriffe in den Markt nur zur Verbesserung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen erfolgen sollten und nicht etwa, um einzelne Marktteilnehmer, die eine rechtzeitige Anpassung an Marktveränderungen versäumen, gegen derartige Veränderungen zu schützen. Insbesondere das häufig kritisierte Vorhandensein einer unzureichenden Innovationskultur in Deutschland ist daher eher industriepolitisch und weniger wettbewerbspolitisch relevant.[285]

Nach dem Verständnis der Monopolkommission ergeben sich vor diesem Hintergrund die folgenden Fragen:

- Ist der Regulierungsrahmen für Finanzdienstleistungen angesichts der zurzeit bestehenden Marktbedingungen adäquat, um die regulatorischen Ziele zu erreichen, ohne dass dies mit Wettbewerbsverzerrungen verbunden ist?
- In welchem Umfang und auf welche Weise ist die Regulierung umzugestalten, um eine Behinderung von Marktteilnehmern auf neu entstehenden Produktmärkten (hier insbesondere für FinTech-Dienstleistungen) zu vermeiden?
- Ist der Regulierungsrahmen anzupassen, um eine regulierungsbedingte Fragmentierung neu entstehender Märkte in räumlicher Hinsicht zu vermeiden?

---

[279] Kipker, I./Serges, S., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 305 (326); Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (239); Lunn, B., ebenda, S. 241 (242); siehe auch Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (302); sowie Clarke-Walker, T., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 261 (262): Anbieter müssen sich jeweils die Frage stellen, was hält den Kunden davon abhält, ein bestimmtes Produkt zu nutzen – das Marketing, die Produktkenntnis des Kunden oder die Produkteigenschaften als solche.

[280] So werden Erfahrungen mit FinTechs in Internetblogs, Foren usw. kommentiert; siehe z. B. http://www.p2p-kredite.com/; http://www.finanztip.de/community/, Abruf am 29. Juni 2016.

[281] Vgl. Sonder, F., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 258 (258).

[282] Vgl. Sonder, F., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 258 (259).

[283] Der bei Kryptowährungen eingesetzten Blockketten (Blockchain)-Technologie wird ein großes Marktpotenzial zugeschrieben; Anwendungslösungen werden allerdings frühestens in einigen Jahren erwartet; dazu Eagar, M. , in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 212; Hayes, A./Tasca, P., ebenda, 217; Wild, J./Arnold, M./Stafford, P., Das Rennen um die Blockchain, Capital vom 12. November 2015; Janschitz, Die Technologie hinter Bitcoins: Wie Blockchain das Internet für immer verändern könnte, http://t3n.de/news/blockchain-588923/; o. A., Why Bitcoin may herald a new era in finance, The Economist insights vom 12. September 2014; Seibel, Blockchain ist die Revolution des Geldverkehrs, Welt Online vom 22. Oktober 2015; Kanning/Siedenbiedel, Das Geld der Zukunft, FAZ.net vom 12. Februar 2016.

[284] Goranko, J., u. a., in: Everling, O./Lempka, a. a. O. (Fn. 141), S. 287 (289 f., 295).

[285] Siehe statt vieler: Kanning, T., Silicon Frankfurt, FAZ.net vom 19. Februar 2016; Hirt, O./Kröner, A., Internetfirmen drängen ins Banking – „Es wird furchtbar", Reuters Insight vom 23. Juni 2014/8. Mai 2015.

Diese Fragen lassen sich zwar angesichts des Umfangs der gegenwärtigen Finanzmarktregulierung und des Umfangs der derzeitigen Marktveränderungen nicht abschließend beantworten. Die Monopolkommission hält es aber für geboten, zumindest auf bestimmte, nachfolgend ausgeführte Grundsätze hinzuweisen. Sie wird im Übrigen die weitere Entwicklung beobachten und sich bei Bedarf auch zu Einzelfragen äußern.

3.5.1 Wettbewerbsneutrale Verfolgung regulatorischer Ziele

1411. Die Regulierung von Finanzdiensten ist darauf ausgerichtet, die Finanzmarktstabilität zu bewahren und die Marktteilnehmer gegen Verluste durch die Realisierung bestimmter Risiken zu schützen. Diesen Zielen dient das Finanzaufsichtsrecht, dem letztgenannten Ziel auch das allgemeine Verbraucherschutzrecht. Hinzu kommen insbesondere Vorschriften zum Datenschutz und technischer Datensicherheit sowie in Deutschland die landesrechtlichen Regelungen des Gewerbeordnungs- und Sparkassenrechts.

1412. Aus Sicht der Monopolkommission sind diese Ziele in möglichst wettbewerbsneutraler Weise zu verfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das EU-Primärrecht das Ziel eines einheitlichen und durch unverfälschten Wettbewerb gekennzeichneten Binnenmarktes neben den aufsichtsrechtlichen Zielen schützt.[286] Dies erfordert gerade bei neu auf den Markt kommenden Diensteangeboten eine Prüfung, ob ein Zielkonflikt zwischen dem Wettbewerbsschutz und dem Schutz anderer Rechtsgüter besteht und wie ein solcher Zielkonflikt aufzulösen ist. Dabei gilt, dass eine gesetzgeberische Vorabwägung aufseiten der zuständigen Behörden zu beachten ist, die Behörden insbesondere im Rahmen der ihnen eingeräumten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielräume aber auch ihrerseits Abwägungsentscheidungen treffen müssen.

1413. Im vorliegenden Zusammenhang können sich Zielkonflikte zum Wettbewerbsschutz insbesondere in Hinblick auf das aufsichtsrechtliche Schutzziel der Finanzmarktstabilität ergeben.[287] Die sonstigen aufsichtsrechtlichen Schutzziele (z. B. Anleger- und Gläubigerschutz, Finanzmarktintegrität in Hinblick auf manipulative Handlungen/Straftaten usw.) schützen weniger weitreichende oder weniger eindeutige Rechtsgüter.[288] In diesen Fällen kann ein Zielkonflikt schon deshalb ausscheiden, weil der Wettbewerbsschutz zumindest im Einzelfall auch einen Schutz der betreffenden Rechtsgüter mitumfassen kann (z. B. beim Schutz von Anlegern/Verbrauchern). Soweit es dennoch zu einem Zielkonflikt kommt, ist zu beachten, dass der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs aufgrund seiner ausdrücklichen Verankerung im EU-Primärrecht eine besonders hohe Bedeutung im Rahmen des europäischen Binnenmarktschutzes hat.[289] Deshalb kann dem Wettbewerbsschutz in der Abwägung gegenüber den Rechtsgütern der Finanzmarktaufsicht ein höheres Gewicht zukommen.[290] Dies ist von Bedeutung, gerade soweit es um die Regulierung neuartiger Finanzdienstleister geht.

1414. Aus Sicht der Monopolkommission sollte jedenfalls sichergestellt sein, dass die Regulierung keine so hohen Anforderungen stellt, dass sie für neue Marktteilnehmer eine faktisch unüberwindliche Marktzutrittsschranke bedeutet. Dies gilt insbesondere für Zulassungsregeln. In vielen Fällen können FinTechs, deren Schwerpunkt auf technischen Verbesserungen liegt, allerdings auf eine aufsichtsrechtliche Zulassung, z. B. als Kreditinstitut, entweder ganz verzichten oder benötigen nur eine beschränkte Zulassung. Der beschränkten Zulassung entspricht dann ein entsprechend eingeschränkter Pflichtenkatalog. Im Übrigen nutzt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Zulassungsfragen einen gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielraum, wenn sie ihre Anforderungen überall dort, wo der Gesetzgeber nur einen Rahmen vorgibt, von Risiko und Komplexität der Geschäfte abhängig macht.[291]

---

[286] Art. 3 Abs. 3 S. 1, 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Protokoll 27 zu den Verträgen, ABl. C 83 vom 30. März 2010, S. 309.

[287] Dazu siehe schon grundsätzlich: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1382 ff.

[288] Zu diesen Schutzzielen siehe z. B. Fischer in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Aufl., München 2012, KWG Einf, Rz. 122 ff.; Scherer in: DepotG, München 2012, Vor § 1 Rz. 2; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012, Einleitung, Rz. 11, 15; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl., München 2010, Einl BörsG Rz. 18; Beck, ebenda, § 1 BörsG Rz. 1; Heidelbach, ebenda, Einl WpPG Rz. 1, 23; Noack/Zetzsche, ebenda, Einl WpÜG, Rz. 9; zum KAGB: Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/12294 vom 6. Februar 2013, S. 187 ff.; zum VermAnlG: Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/6051 vom 6. Juni 2011, S. 1; ferner § 4 Abs. 1a FinDAG.

[289] Siehe zur primärrechtlichen Verankerung Art. 51 EUV i. V. m. den in Fn. 286 genannten Vorschriften.

[290] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1386 (Primat des Wettbewerbs).

[291] Dazu Präsident Hufeld in: BaFin, Jahresbericht 2015, S. 40 f.

1415. Darüber hinaus dürfte die BaFin aber auch ein Aufgreifermessen hinsichtlich der Frage haben, ob sie z. B. in Grenzfällen, in denen die Tätigkeit von FinTechs aufsichtsrechtlich nicht eindeutig einzuordnen ist, auf ein Einschreiten wegen fehlender Zulassung verzichtet.[292] Für einen solchen Verzicht mag etwa sprechen, wenn das betreffende Unternehmen neu in den Markt gekommen ist und, sofern es von erfolgreicheren Mitbewerbern verdrängt werden sollte, nur einzelne Investoren oder Verbraucher Verluste befürchten müssen. In diesem Fall ist eine Gefährdung der Finanzmarktstabilität unwahrscheinlich. Hinsichtlich der anderen aufsichtsrechtlichen Schutzziele liegt nahe, dass sie in einem solchen Fall gegenüber dem Schutz des Wettbewerbs als Institution zurückzutreten haben.

1416. Zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz sind Zielkonflikte dagegen von vornherein wenig wahrscheinlich, soweit es um die Festlegung bzw. Durchsetzung von Informationspflichten gegenüber den Verbrauchern geht. Die Durchsetzung gesetzlich vorgeschriebener Verbraucherinformationen über Risiken neuer Angebote dürfte regelmäßig nicht nur möglich und zumutbar sein, sondern dient auch der Herstellung eines fairen Leistungswettbewerbs (Reduzierung von Informationsasymmetrien).[293]

1417. Hinsichtlich anderer Gesichtspunkte wie z. B. Datenschutz und technischer Datensicherheit trifft die Regulierung alle Marktteilnehmer gleichermaßen. Insofern ist einerseits dem Gesichtspunkt der Proportionalität und andererseits dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Durchsetzung von Datenschutz- und Datensicherheitsstandards einem leistungsgerechten Wettbewerb dient, indem sie Verhaltensweisen entgegenwirkt, bei denen Marktteilnehmer sich durch rechtswidrigen Zugriff auf fremde Daten Wettbewerbsvorteile verschaffen.

1418. Eine wettbewerbsneutrale Regulierung ist indessen nicht nur von den jeweils zuständigen Behörden bei Anwendung der von ihnen durchzusetzenden Vorschriften anzustreben, sondern erfordert auch ein aufeinander abgestimmtes zwischenbehördliches Vorgehen. In Bezug auf die Marktentwicklung bei digitalen Dienstleistungen erscheint eine enge Zusammenarbeit insbesondere der folgenden Behörden und sonstigen Stellen erforderlich:

- EZB, BaFin, Bundesbank (Schutz finanzaufsichtsrechtlicher Ziele);[294]
- Kartellbehörden (Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen);
- Bundes- und Landesbeauftragte für den Datenschutz und Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI; für die Gewährleistung von Datenschutz und technischer Datensicherheit);
- Verbraucherorganisationen im Rahmen der Erfüllung eines zugewiesenen staatlichen Auftrags (Verbraucherschutz).

Die Vorschrift des § 50c GWB sieht bereits eine Zusammenarbeit zwischen den deutschen Kartellbehörden und der Bundesbank bzw. der BaFin vor. Die Vorschrift ist in ihrem Anwendungsbereich nach Einschätzung der Monopolkommission bereits eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Zwecke des zwischenbehördlichen Informationsaustauschs.[295] In anderen Bereichen hat sich eine Kooperation zwischen Behörden zunächst auf informellem Wege entwickelt (z. B. zwischen BaFin/Bundesbank und BSI), und es ist derzeit unklar, inwiefern hier ein gesetzlicher Regelungsbedarf besteht.[296] In manchen Fällen sind nach Informationen der Beteiligten noch Verbesserungen der Zusammenarbeit möglich. Die Monopolkommission regt an, dass die Bundesregierung von den zuständigen Stellen einen zusammenfassenden Bericht zur ihrer Zusammenarbeit und möglichen Defiziten anfordert, um zu erkennen, in welchen Bereichen die Zusammenarbeit in Hinblick auf die angemessene Regulierung neuer Finanzdienste verbessert werden sollte.

---

[292] Vgl. § 4 S. 1 KWG („Die Bundesanstalt entscheidet in Zweifelsfällen, ob ein Unternehmen den Vorschriften dieses Gesetzes unterliegt"); ferner § 37 Abs. 1 KWG („Werden ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht, […] kann die Bundesanstalt die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs […] anordnen"; Hervorhebung nur hier).

[293] Siehe z. B. §§ 1 ff. UWG; BGH, Urteil vom 31. März 2016, I ZR 160/14, Rz. 56 m. Nachw.

[294] EZB: soweit sie Aufgaben der Bankenaufsicht in Bezug auf deutsche Banken erfüllt; siehe Verordnung 1024/2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 63; dazu auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1679 ff.

[295] Siehe zu § 50c GWB bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 2103, 2108.

[296] Zur Datensicherheit siehe aus Bankaufsichtsperspektive informativ den Präsidenten der BaFin, Hufeld, F., in: Dombret,A. (Hrsg.), Bankenaufsicht im Dialog 2015, Frankfurt a. M. 2015, S. 78 ff.; ferner die Wiedergabe der Podiumsdiskussion ebenda, S. 85 f.

1419. Einen gewissen Problembereich stellen in der digitalen Welt Aufsichtsbereiche mit Zuständigkeit regionaler Behörden dar. Diese Aufsicht (Aufsicht über Finanzanlagenvermittler u. ä., Sparkassenaufsicht)[297] läuft in Bezug auf digitale Dienstleistungen weitgehend leer. Die Monopolkommission regt an, die in der Gewerbeordnung vorgesehene Aufsicht über Finanzdienstleistungsgewerbe mit regionaler Zuständigkeit zu überprüfen und bei Bedarf hinsichtlich digital erbrachter Dienste einheitlich auf Bundesbehörden zu übertragen.[298] Die Sparkassenaufsicht ist ein Bereich der Kommunalaufsicht, sodass insofern eine Zuständigkeitsübertragung aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ausscheiden dürfte.

3.5.2 Vermeidung der regulatorischen Behinderung von Innovationen

1420. Der regulatorische Schutz der Innovationsfähigkeit des Marktes wirft in Bezug auf digital erbrachte Finanzdienstleistungen insbesondere die folgenden zwei Fragen auf. Zum einen stellt sich die Frage, wie regulatorisch mit Marktveränderungen umzugehen ist, die durch die Digitalisierung bedingt sind. Zum anderen ist zu überlegen, ob die Regulierung ihrerseits einen fördernden Beitrag zur Marktentwicklung leisten kann und sollte (sogenannt enabling regulation).[299]

1421. Hinsichtlich der erstgenannten Frage hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten 68 darauf hingewiesen, dass in den von der Digitalisierung betroffenen Märkten sowohl der Gesetzgeber als auch die jeweils zuständigen Behörden nach Möglichkeit laufend prüfen sollten, ob die Regulierung an veränderte Marktverhältnisse anzupassen ist.[300] Dies betrifft im vorliegenden Zusammenhang weniger die Frage, ob eine Regulierung zum Schutz der Finanzmarktstabilität und sonstiger Schutzgüter überhaupt erforderlich ist, sondern eher die Frage, wie diese Regulierung angemessen ausgestaltet wird.

1422. Insofern ist hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen zu berücksichtigen, dass der Aufwand der Erlaubnisbeantragung aus Sicht der Marktteilnehmer für Unternehmensgründer als sehr hoch angesehen wird, ebenso der Folgeaufwand für regulierte Institute in Hinblick auf Meldungen, laufende Compliance, Infrastruktur und Personal. FinTechs beklagen, dass der durch die Regulierung bei den Unternehmen ausgelöste Aufwand sie gegenüber bestehenden Finanzdienstleistern benachteilige, weil sie bestimmte Dienste nicht anbieten können. In Anbetracht dieses Umstands wird diskutiert, ob aufsichtsrechtliche Zulassungs- oder Meldepflichten für neu in den Markt tretende, kleine Anbieter digitaler Finanzdienstleistungen zumindest zeitweise ausgesetzt werden sollten (sogenannter regulatorischer Sandkasten).[301] Die Frage ist in Anbetracht der bestehenden Regelungen durch den Gesetzgeber zu entscheiden. Die Monopolkommission empfiehlt insofern zu prüfen, ob eine zeitgebundene Aussetzung von Zulassungs- oder Meldepflichten für solche neuartigen Angebote eingeführt werden kann, die zulassungspflichtige Dienste betreffen, solange diese Dienste in einem Umfang unterhalb gesetzlich festzulegender Schwellen erbracht werden und sofern systemische Risiken auszuschließen sind (z. B. weil es sich primär um technisch verbesserte Standarddienstleistungen handelt). Zum Schutz von Investoren und Verbrauchern könnte es in derartigen Fällen ausreichen, den neu in den Markt eintretenden Anbietern spezielle Offenlegungspflichten aufzuerlegen und eventuell Sicherheiten vorzuschreiben.[302] Forderungen nach weitergehenden Erleichterungen (z. B. verminderte Eigenkapitalanforderungen bei Bankgeschäften) steht die Monopolkommission dagegen skeptisch gegenüber,

---

[297] Zur Aufsicht über Finanzanlagenvermittler usw. siehe §§ 34d ff. GewO; zur Sparkassenaufsicht die Sparkassengesetze der Länder.

[298] Eine derartige Überprüfung ist, soweit ersichtlich, letztmalig anlässlich des Erlasses des Vermögensanlagegesetzes erfolgt; siehe Bundesregierung, Gesetzentwurf, BT-Drs. 17/6051 vom 6. Juni 2011, S. 64.

[299] Hierzu z. B. Malady, L./Buckley, R. P./Tsang, C.-Y., Regulatory Handbook: The Enabling Regulation of Digital Financial Services, UNSW Law Research Paper No. 2016-05, insb. S. 17 ff..

[300] Siehe schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 545, 549.

[301] Siehe Präsident Hufeld in: BaFin, Jahresbericht 2015, 41; Schlenck, Wie Fintech-freundlich muss die Finanzaufsicht sein?, gruenderszene.net vom 15. Januar 2016.

[302] Zu Crowd Finance siehe z. B. SEC, Pressemitteilung Nr. 2015-249 vom 30. Oktober 2015 (mit enthaltenen Fact Sheets); UK FCA, A review of the regulatory regime for crowdfunding and the promotion of non-readily realisable securities by other media, February 2015; zu Überlegungen des U.S. OCC siehe auch Curry, Rede bei der Federal Home Loan Bank of Chicago, 7. August 2015; http://www.occ.gov/news-issuances/speeches/2015/pub-speech-2015-111.pdf, Abruf am 29. Juni 2016.

denn der bisherige Ansatz „gleiches Risiko – gleiche Regulierung“ trägt insofern zu einheitlichen Wettbewerbsbedingungen bei.

1423. Besonderheiten bestehen bei plattformbasiert erbrachten Finanzdienstleistungen. Dies ist deshalb der Fall, weil Plattformbetreiber selbst keine bank- oder versicherungstypische Intermediationsleistung erbringen, sondern den Marktteilnehmern nur die Möglichkeit zum direkten Austausch eröffnen. Daher können z. B. Kapitalvorgaben in Bezug auf solche Dienstleister zwar möglicherweise erforderlich sein, soweit sie Kundengelder zur Weiterleitung entgegennehmen, aber nicht in Hinblick auf ein darüber hinausgehendes, zu den Anlegern bestehendes Kreditverhältnis.

1424. Zum Schutz von Anlegern und Verbrauchern vor Verlusten durch einen Ausfall auf der Seite der Kapitalnehmer bei plattformartig organisierten Schwarmfinanzierungen hat der deutsche Gesetzgeber durch das Kleinanlegerschutzgesetz eine Variante gesetzlicher Anlagegrenzen eingeführt (§ 2a VermAnlG). Nach dieser Vorschrift hängt die regulatorische Behandlung von Schwarm-Finanzierungsplattformen davon ab, ob der Gesamtbetrag der Vermögensanlagen desselben Emittenten, die von einem nicht als Kapitalgesellschaft organisierten Anleger erworben werden können, bestimmte Schwellen übersteigt.[303] Hintergrund der Neuregelung waren ausweislich der Gesetzesbegründung Vermögensschäden, die Anleger aufgrund der fehlerhaften Annahme erlitten hatten, dass hohe Renditen ohne Risiko erreicht werden könnten.[304] Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass die neue gesetzliche Regelung für neue Anbieter eine Marktzutrittsschranke darstellt, deren Erforderlichkeit aus Wettbewerbssicht hinterfragt werden kann. So hat das Kleinanlegerschutzgesetz zugleich die Instrumente für ein behördliches Eingreifen erweitert.[305] Möglicherweise hätten sich die bei den betreffenden Anlegern eingetretenen Schäden durch eine bessere Information bzw. ein höheres Risikobewusstsein der Anleger vermeiden lassen können, wofür Regelungen zum Teil bereits vor Erlass des Kleinanlegerschutzgesetzes bestanden und teilweise dadurch neu eingeführt worden sind. Es dürfte in Hinblick auf Schwarmfinanzierungen von zentraler Bedeutung sein sicherzustellen, dass die notwendige Information der Verbraucher auch tatsächlich erfolgt.[306]

1425. Hinsichtlich der oben angesprochenen zweiten Frage einer die Marktentwicklung fördernden Regulierung sind vor allem solche Regelungen zu erwägen, die in Anbetracht der weiter zunehmenden Standardisierung und Modularisierung von Finanzgeschäften die Entwicklung marktfähiger Standards und zueinander kompatibler Lösungen fördern. Ein positives Beispiel ist insofern die aktuelle Zahlungsdienste-Richtlinie, wonach Banken Dritten Zugang zu Schnittstellen (API) einräumen müssen, die Ertrags- und Kontenanzeigen und die Auslösung von Zahlungsaufträgen ermöglichen.[307] Auf Basis der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID 2) sollen Kunden zudem bessere Möglichkeiten erhalten zu erfahren, ob sie einzelne Produkte in einem Paket von Finanzdienstleistungen separat erhalten können.[308]

---

[303] Die Schwellen liegen bei (1) EUR 1.000, (2) EUR 10.000 im Fall eines frei verfügbaren Vermögens von mindestens EUR 100.000 oder (3) dem zweifachen Betrag des durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommens, höchstens jedoch EUR 10.000.

[304] Bundesregierung, Entwurf eines Kleinanlegerschutzgesetzes, BT-Drs 18/3994 vom 11. Februar 2015, S. 1 f., Abschnitt A.

[305] Dazu § 4 Abs. 1a FinDAG, § 4b WpHG, eingefügt durch das Kleinanlegerschutzgesetz, BGBl. 2015 Teil 1 Nr. 28 vom 9. Juli 2015, S. 1114.

[306] Dazu SpaceTec, a. a. O. (Fn. 255), S. 66 f.; siehe auch vzbv, Stellungnahme vom Januar 2015 zum Gesetzentwurf eines Kleinanlegerschutzgesetzes, Abschn. 2 und 3 mit Betonung der Notwendigkeit einer besseren Verbraucherinformation.

[307] Art. 66 ff. und Erwägungsgrund 28 der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. L 337, 23. Dezember 2015, S. 35; dazu Sonder, F., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 258 (260).

[308] Siehe EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 11 zu Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente […] (MiFID 2), ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 349.

3.5.3 Vermeidung einer regulatorischen Fragmentierung von Märkten

1426. Die Entwicklung neuer digitaler Finanzdienstleistungen dürfte in vielen Fällen EU-Binnenmarktrelevanz haben, da solche Dienstleistungen europaweit angeboten und in vielen Fällen an lokal unterschiedliche Märkte bzw. an die Kundenpräferenzen in diesen Märkten angepasst werden können.

1427. Dem Umstand, dass Finanzdienstleistungen über digitale Kanäle grundsätzlich grenzüberschreitend erbracht werden können, trägt die vorhandene Regulierung mit Blick auf neuartige Dienste nur eingeschränkt Rechnung. Zwar ist die allgemeine Finanzmarktregulierung in der gesamten EU mittlerweile weitgehend harmonisiert. Eine spezielle Regulierung von FinTechs existiert aber bislang nur auf nationaler Ebene und auch dort nur in Ansätzen.[309] Insbesondere für Schwarmfinanzierungen wurden auf nationaler Ebene bereits neue Regelungen eingeführt (z. B. in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich).[310] Die nationale Gesetzgebung weist dabei erhebliche Unterschiede auf, womit den Marktverhältnissen vor Ort und Besonderheiten der jeweiligen Rechtsordnung Rechnung getragen werden soll.[311] Unterschiedliche Regelungen bestehen auch in für Finanzdienstleister relevanten Bereichen außerhalb der eigentlichen Finanzmarktregulierung fort (z. B. bei Datenschutz- und teilweise auch Geldwäschebekämpfungsvorschriften).

1428. Die nationalen Vorschriften befassen sich – jedenfalls auf Privatkundenebene – auch nur in wenigen Fällen speziell mit grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen. Dies gilt zumindest, wenn man von Schutzvorschriften für den Fall absieht, dass Verbraucher Finanzdienstleistungen von im jeweiligen Mitgliedstaat nicht ansässigen Anbietern in Anspruch nehmen. Das Fehlen sonstiger Regelungen zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen kann allerdings bei digital erbrachten und neuen Diensten dazu beitragen, dass ein grenzüberschreitendes Angebot von vornherein erschwert wird und dass Verbraucher Angebote aus anderen Mitgliedstaaten entweder überhaupt nicht kennenlernen oder kein ausreichendes Vertrauen entwickeln, um auf solche Angebote einzugehen. Tatsächlich nutzen Verbraucher bislang nur in einem sehr geringen Umfang Finanzdienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten (d. h. in weniger als 5 Prozent der Fälle für Bankdienstleistungen wie Kreditkarten, Girokonten und Hypotheken oder für Versicherungsdienstleistungen).[312]

1429. Die bisherigen Regulierungsansätze in den Mitgliedstaaten können somit die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarkts für neue Finanzdienstleistungen erschweren. Die Monopolkommission würde es vor diesem Hintergrund begrüßen, wenn die Mitgliedstaaten bei der Regulierung von FinTechs im Zweifel einen zurückhaltenden Ansatz wählen, bestehende Regelungen überprüfen und sich im Hinblick auf Regeländerungen und Neuregelungen künftig stärker als bislang üblich untereinander abstimmen. Dies ist auch bei Umsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie zu beachten, welche erstmals auch technische Dienstleister wie FinTechs in einem begrenzten Umfang in die Aufsichtsregulierung

---

[309] Dies bedeutet freilich nicht, dass die betreffenden Dienste unreguliert sind; so gelten – abhängig vom konkreten Geschäftsmodell – z. B. die Verordnung 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, und die Richtlinien 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern […], ABl. L 149 vom 11. Juni 2005, S. 22; 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21. April 1993, S. 29; 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente […] (MiFID 2), ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 349; 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist […], ABl. L 345 vom 31. Dezember 2003, S. 64; und die nationalen Umsetzungsvorschriften.

[310] Siehe ausführlich EU-Kommission, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document), Crowdfunding in the EU Capital Markets Union, 3. Mai 2016, SWD(2016) 154 final.

[311] EU-Kommisson, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document), Crowdfunding in the EU Capital Markets Union, 3. Mai 2016, SWD(2016) 154 final, S. 17 ff. und Annex 2. Zu Deutschland siehe auch den schon erwähnten § 2a VermAnlG; zu Frankreich/UK auch Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (239); ferner UK FCA, A review of the regulatory regime for crowdfunding and the promotion of non-readily realisable securities by other media, February 2015.

[312] EU-Kommission, Grünbuch vom 10. Dezember 2015 über Finanzdienstleistungen für Privatkunden, COM(2015) 630 final, S. 7.

einbezieht. Alternativ wäre zu erwägen, die Neuregulierung von FinTech-Diensten in weiterem Umfang als bisher im Vorhinein auf der EU-Ebene vorzunehmen.[313]

1430. Im Einzelfall spürbare Hindernisse für die Entwicklung eines einheitlichen Binnenmarktes für innovative Finanzdienstleistungen können auch in national unterschiedlichen behördlichen Ansätzen liegen, und zwar auch über die Durchsetzung unterschiedlicher nationaler Vorschriften hinaus. So wird etwa bemängelt, dass angelsächsische Investoren von den Behörden weitreichendere Vorabauskünfte zu Genehmigungen erwarten, als ihnen etwa in Deutschland gewährt werden.[314] Die Monopolkommission sieht bei den deutschen Aufsichtsbehörden allerdings schon heute eine wachsende Sensibilität für die Entwicklung neuer Dienste. Die Entwicklung eines aufeinander abgestimmten Regelungsrahmens erscheint derzeit auch vordringlich.

1431. Eine insbesondere aus industriepolitischer, aber weniger aus wettbewerbspolitischer Perspektive relevante Frage ist schließlich, inwiefern das Regulierungsumfeld für die Standortwahl neuartiger Dienste attraktiv ausgestaltet werden sollte. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann es allerdings problematisch sein, wenn Marktteilnehmer in andere Rechtsordnungen ausweichen, um durch die dort geringere Regulierung einen Wettbewerbsvorteil bei der Diensteerbringung auf dem Heimatmarkt zu erlangen (Regulierungsarbitrage).[315] Derartige Umgehungen sind gerade bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen relativ einfach möglich, indem der Sitz des Dienstleisters in der „günstigsten" verfügbaren Rechtsordnung gewählt wird.[316] Sollten derartige Praktiken auch bei innovativen Finanzdiensten beobachtet werden, wäre dies ein weiteres Argument für eine Regulierung der betreffenden Dienste auf EU-Ebene.

3.6 Wettbewerbspolitisches Fazit und Empfehlungen

1432. Die Digitalisierung führt nach dem zuvor Ausgeführten zu grundlegenden Veränderungen zumindest in Teilbereichen der Finanzdienstleistungsbranche: Standardisierung und Modularisierung nehmen zu, zugleich werden die Verbraucherdienstleistungen insbesondere im Privatkundengeschäft kundenspezifischer (Stichwort: „Massenindividualisierung"). Der Gesetzgeber und die zuständigen Behörden sollten diese Entwicklung begleiten, ohne der Versuchung zu erliegen, sie zum Schutz von Marktteilnehmern mit überholten Geschäftsmodellen zu behindern.

1433. Die Monopolkommission empfiehlt, dass Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden sich bei Regelungen, die für die Erbringung von Dienstleistungen im Front- oder Back-office-Bereich der Finanzwirtschaft relevant sind, von den folgenden Grundsätzen leiten lassen:

- Es ist weiter eine ausgewogene Politik anzustreben, bei der zu beachten ist, dass Wettbewerbsbelangen im Einzelfall insbesondere in der Abwägung mit den Rechtsgütern der Finanzmarktaufsicht ein höheres Gewicht zukommen kann – und unter Umständen auch muss, um eine dynamische Marktentwicklung zu gewährleisten. [317]
- Eine regulatorische Überforderung neu in den Markt tretender Unternehmen der Digitalwirtschaft ist unter Proportionalitätsgesichtspunkten zu vermeiden. Ein wettbewerbspolitisch sinnvoller Ansatz der Gesetzgebung kann es insofern sein, Zulassungs- oder Meldepflichten zeitweise auszusetzen oder zu vermindern, um dem Risiko vorzubeugen, dass Markteintritte durch den mit diesen Pflichten verbundenen Aufwand verhindert werden. Ein anderer Ansatz kann es sein, bei anlegerschützenden Maßnahmen zu prüfen, ob transparenzsteigernde Regelungen gegenüber einem weitergehenden aufsichtsrechtlichen Markteingriff ausreichen können.

---

[313] Dazu Terlau, M., FinTech – die Zukunft des Zahlungsverkehrs im Lichte der zweiten Zahlungsdienste-RL, DB 9/2016, M5; zurückhaltend EU-Kommisson, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document), Crowdfunding in the EU Capital Markets Union, 3. Mai 2016, SWD(2016) 154 final, S. 31; EBA, Opinion on lending-based crowdfunding, 26. Februar 2016, EBA/Op/2015/03, Tz. 8 f. (jeweils speziell zu Schwarmfinanzierungen).

[314] Schreiber, M., Anschub für die Revolution, Süddeutsche.de vom 22. November 2015.

[315] Derartige Praktiken sind daneben auch aufsichtsrechtlich problematisch; vgl. z. B. EBA, Opinion on lending-based crowdfunding, 26. Februar 2016, EBA/Op/2015/03, Tz. 8.

[316] Margaris, S., in: Chishti, S./Barberis, J., a. a. O. (Fn. 133), S. 238 (239).

[317] Vgl. allgemein schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 131), Tz. 1382 ff. und Abschnitt 6, 1. Empfehlung.

- In Hinblick auf eine innovationsfreundliche Regulierung sollte das Augenmerk darauf gelegt werden, die Entwicklung von Standards und zueinander kompatiblen Lösungen zu fördern. Daneben sollten regulatorische Maßnahmen stets daraufhin überprüft werden, wie sie sich auf die Entwicklung grenzüberschreitender Angebote digitaler Finanzdienstleistungen auswirken können. Die Monopolkommission würde es begrüßen, wenn die Mitgliedstaaten bei der Regulierung von FinTechs grundsätzlich einen zurückhaltenden Ansatz wählen, bestehende Regelungen überprüfen und sich im Hinblick auf Regeländerungen und Neuregelungen künftig stärker als bislang üblich untereinander abstimmen.
- Bei nationalen Regelungsinitiativen bezüglich digital erbrachter Finanzdienstleistungen ist das Risiko im Auge zu behalten, dass Marktteilnehmer unter Umständen in andere Rechtsordnungen ausweichen, um durch die dort geringere Regulierung einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen (Regulierungsarbitrage). Deshalb sollten Regulierungsmaßnahmen stets daraufhin überprüft werden, ob sie gegenüber allen Marktteilnehmern einheitlich durchsetzbar sind.
- Die Aufsichtsbehörden sollten ihren bisherigen Ansatz, regulatorische Eingriffe in die Marktabläufe bei der digitalen Erbringung von Finanzdienstleistungen vom konkreten Geschäftsmodell abhängig zu machen, weiter verfolgen und laufend fortentwickeln. Ein enger Austausch zwischen den zuständigen Stellen sollte dazu beitragen, ihre jeweilige Expertise an etwaige neue Marktentwicklungen anzupassen.

A. Anhang Kapitel II

1 Methodische Erläuterungen zu Kapitel II

1.1 Wertschöpfungsstaffeln

1.1.1 Wertschöpfungsstaffel für Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen

1434. Die Berechnung der Nettowertschöpfung zu Faktorkosten erfolgt auf Grundlage der „direkten Wertschöpfungsstaffel". Hierbei wird ausgehend von der Kennzahl Ergebnis vor Zinsen, Beteiligungen und Steuern um Aufwendungen, die Bestandteil der Wertschöpfung sind, wie beispielsweise der Personalaufwand, korrigiert.[1]

1435. Die inländische Nettowertschöpfung umfasst für Unternehmen, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, die folgenden Positionen:

Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT)
+ Personalaufwand
+ Vergütungen für die Mitglieder des Aufsichtsrats und vergleichbarer Gremien
./. Sonstige Steuern
+ unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten

---

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

1436. Das Zinsergebnis wird im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung bei der Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten anders erfasst als bei Nichtkreditinstituten. Zinserträge tragen zur Wertschöpfung von Kreditinstituten, nicht aber zu derjenigen von Nichtkreditinstituten bei. Auf der anderen Seite stellen Zinsaufwendungen bei Nichtkreditinstituten einen Teil der Wertschöpfung dar, nicht aber bei Kreditinstituten. Daher muss die Behandlung des Zinsergebnisses zur Ermittlung der Wertschöpfung der Großkonzerne von der Branchenzugehörigkeit der einzelnen Tochterunternehmungen abhängig gemacht werden, um eine Größe zu erhalten, die der Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland vergleichbar ist. Aus diesem Grund wird bei Nichtkreditinstituten unter Verwendung der direkten Wertschöpfungsstaffel das Ergebnis vor Zinsen und Steuern um das unkonsolidierte Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten korrigiert.

1.1.2 Wertschöpfungsstaffel für Kreditinstitute

1437. Seit dem XVIII. Hauptgutachten wird die inländische Wertschöpfung einzelner Kreditinstitute gemäß dem folgenden Schema aus der Summe des Zins- und Provisionsergebnisses, abzüglich der um den Personalaufwand korrigierten Vorleistungen berechnet. Weiterhin erfolgt analog zum Vorgehen bei Nichtkreditinstituten eine Korrektur um das unkonsolidierte Zinsergebnis der in den Konsolidierungskreis einbezogenen Nichtkreditinstitute.

Zinsüberschuss
+ Provisionsüberschuss
./. Verwaltungsaufwendungen (abzüglich Personalaufwand)
./. unkonsolidiertes Zinsergebnis der konsolidierten Nichtkreditinstitute

---

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

1438. Mit dieser Methodik weicht die Monopolkommission von dem im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung verwendeten FISIM-Konzept ab. Bei dem Konzept der „Finanzserviceleistung, indirekte Messung" (FISIM) wird stark vereinfacht ausgedrückt mithilfe einer Modellrechnung der Zinsanteil, der bei Kreditzinsen oberhalb und

---

[1] Die indirekte Wertschöpfungsstaffel führt zu den gleichen Ergebnissen. Zu der Gesamtleistung des Unternehmens werden im Wesentlichen sonstige Erträge addiert, Aufwendungen für Vorleistungen, sonstige Aufwendungen, Abschreibungen auf Sachanlagen und Finanzanlagen und sonstige Steuern subtrahiert. Diese Methode ist rechnerisch aufwendiger und wird aus diesem Grund hier nicht verwendet.

bei Einlagezinsen unterhalb eines Referenzzinssatzes liegt, als Produktionswert der Banken in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung erfasst. Als Referenzzinssatz wird dabei der Interbankenzinssatz zugrunde gelegt.[2] Da das FISIM-Konzept auf mehrstufigen Modellrechnungen mit aggregierten Daten basiert, die in mehreren Schritten mit den in den Gewinn- und Verlustrechnungen der Banken ausgewiesenen Zinseinnahmen und-ausgaben abgeglichen werden, ist dieses Konzept nicht ohne Weiteres auf eine einzelwirtschaftliche Betrachtung übertragbar. Aufgrund dieser methodischen Probleme wurde die Berechnung der einzelwirtschaftlichen Wertschöpfung von Kreditinstituten im Berichtsjahr 2008 lediglich modifiziert, um eine bessere Vergleichbarkeit zur Ermittlung der Wertschöpfung von Kreditinstituten im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung herzustellen.

1.1.3 Wertschöpfungsstaffel für Versicherungsunternehmen

1439. Die Staffel für die Berechnung der Wertschöpfung bei den Versicherungsunternehmen entspricht im Wesentlichen derjenigen für Industrie- und Handelsunternehmen und umfasst, ausgehend vom Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag, folgende Positionen:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag
./. außerordentliches Ergebnis
\+ Personalaufwand
\+ Vergütung für Mitglieder der Beiräte, der Aufsichtsräte und vergleichbarer Gremien
\+ Steuern vom Einkommen und vom Ertrag
./. Erträge aus Verlustübernahme
./. Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
\+ Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand
\+ aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne
\+ unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten
\+ Verzinsung gegenüber den Versicherten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

1440. Eine Besonderheit des Versicherungsgeschäfts kommt in der Position „Verzinsung gegenüber den Versicherten“ zum Ausdruck. Der überwiegende Teil der Passiva einer Versicherung besteht aus versicherungstechnischen Rückstellungen, deren Zweck die Abdeckung erwarteter Schadensfälle ist. Entsprechend den Sparanteilen der Versicherten in den Beiträgen handelt es sich bei einem Teil dieser Rückstellungen um Kapital der Versicherten, das diesen gegenüber verzinst werden muss. Der den Versicherten zustehende Zinsbetrag ist Teil der Wertschöpfung einer Versicherung, geht jedoch aus der Gewinn- und Verlustrechnung nicht hervor. Er wird daher geschätzt, indem der Anteil der versicherungstechnischen Rückstellungen an der Summe der Passiva mit dem Saldo der Erträge und Aufwendungen aus Kapitalanlagen multipliziert wird.

Die Verzinsung gegenüber den Versicherten wird nach dem folgenden Schema ermittelt:

(versicherungstechnische Rückstellungen^{+}
\+ Verbindlichkeiten aus dem selbst abgeschlossenen Versicherungsgeschäft^{+}
./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten^{+})
/ (Bilanzsumme^{+}
./. ausstehende Einlagen auf das gezeichnete Kapital^{+}
./. eigene Anteile^{+}
./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten^{+}
./. Bilanzverlust^{+})

---

[2] Vgl. hierzu ausführlich Eichmann, Finanzserviceleistung, indirekte Messung (FISIM), WISTA- Wirtschaft und Statistik 07/2005, S. 710-716.

* (Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
./. Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand)

Bei den mit (+) markierten Werten handelt es sich um einen Zweijahresdurchschnitt.

1.2 Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung

1441. Sofern die Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung erforderlichen Daten für den Inlandskonzern nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen, jedoch die Wertschöpfung des Weltkonzerns anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses ermittelt werden kann, wird die Wertschöpfung des inländischen Konzernbereichs anhand der Relation ausgewählter Referenzgrößen geschätzt. Auf der Grundlage der Wertschöpfung des Weltkonzerns werden für die betroffenen Unternehmen in Abhängigkeit der Verfügbarkeit bis zu drei Schätzwerte für die Wertschöpfung des inländischen Konzerns ermittelt. Die Schätzungen erfolgen dabei anhand der Referenzgrößen Anzahl der Beschäftigten, Personalaufwand sowie Geschäftsvolumen – hierbei handelt es sich um die Bilanzsumme der Kreditinstitute, die Brutto-Beitragseinnahmen der Versicherungsunternehmen sowie die Umsatzerlöse der Unternehmen anderer Wirtschaftszweige.

1442. Die Schätzung der inländischen Wertschöpfung auf Grundlage des Verhältnisses von inländischer Referenzgröße und der Referenzgröße des Weltkonzerns erfolgt nach dem folgenden Schema:

$$Wertschöpfung_{Inland}^{geschätzt} = \frac{Referenzgröße_{Inland}}{Referenzgröße_{Welt}} \, Wertschöpfung_{Welt}$$

1443. Den Schätzverfahren liegt die Annahme zugrunde, dass das Verhältnis der genannten Referenzgrößen des inländischen Konzerns zu denen des Gesamtkonzerns dem Verhältnis der inländischen Wertschöpfung zur Gesamtwertschöpfung des Weltkonzerns entspricht. Neben den drei Quotienten inländisches/gesamtes Geschäftsvolumen, Anzahl der bei inländischen Konzerngesellschaften Beschäftigten/Gesamtzahl der Beschäftigten sowie Personalaufwand des inländischen Konsolidierungskreises/Personalaufwand des gesamten Konzerns werden das arithmetische Mittel aus allen drei Relationen sowie das Mittel der beiden am nächsten beieinander liegenden Anteile zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung herangezogen.

1444. Um die Eignung der verwendeten Schätzmethoden zu beurteilen, hat die Monopolkommission seit dem IX. Hauptgutachten anhand der Fälle, in denen detaillierte Angaben zur Ermittlung sowohl der Inlands- als auch der Weltwertschöpfung vorlagen, geprüft, welche Abweichungen sich zwischen der tatsächlichen Wertschöpfung des Inlandskonzerns und der anhand der genannten Kennzahlen geschätzten Wertschöpfung ergeben. Der Personalaufwand hat sich in der Mehrzahl der Untersuchungen als der genaueste Indikator für die inländische Wertschöpfung erwiesen. Die vergleichsweise hohe Genauigkeit der Schätzungen über den Personalaufwand ist darauf zurückzuführen, dass diese Größe ein wesentlicher Bestandteil der Wertschöpfung ist. Da es infolge entgegengesetzter Abweichungsrichtungen häufig zu Neutralisierungseffekten kommt, wenn verschiedene Schätzrelationen verwendet werden, liefern aber auch diese Methoden zuverlässige Ergebnisse. Die Überlegenheit einzelner Verfahren kann nicht auf fundierte theoretische Erkenntnisse gestützt werden, da häufig unternehmens- oder branchenspezifische Gegebenheiten für die Eignung der einzelnen Kennzahlen zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung ausschlaggebend sind.

1445. Zweck der Wertschöpfungsermittlung ist zum einen die Abgrenzung des Kreises der 100 größten Unternehmen Deutschlands und zum anderen die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der dem Untersuchungskreis angehörenden Unternehmen. Der Aussagegehalt der Untersuchung hinsichtlich der Abgrenzung des Untersuchungskreises wird durch die Schätzfehler nicht wesentlich vermindert, da Fehleinschätzungen der Wertschöpfung nur dann zu einer fehlerhaften Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ führen, wenn sie eine Verschiebung des Ranges über den hundertsten Rangplatz bedingen. Der Einfluss von Schätzfehlern auf die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der „100 Größten“ ist ebenfalls gering. Die vergangenen Untersuchungen haben gezeigt, dass die ausschließliche Verwendung von Wertschöpfungsdaten, die auf der Basis der Personalaufwendungen geschätzt wurden, zu einer sehr geringen Abweichung der Summe der Wertschöpfung der „100 Größten“ von der anhand des tatsächlich vorhandenen Zahlenmaterials ermittelten Wertschöpfungssumme geführt haben.

1446. Für das Berichtjahr 2014 erfolgte eine Schätzung der Wertschöpfung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ anhand der Wertschöpfung des Gesamtkonzerns in 25 Fällen (2012: 22). Damit bleibt die Qualität der Datenbasis aufgrund der anhaltenden Bereitschaft vieler Unternehmen, der Monopolkommission die benötigten Daten in der Abgrenzung auf den inländischen Konzernbereich zur Verfügung zu stellen, weitestgehend erhalten. Soweit die Wertschöpfung einzelner Unternehmen geschätzt werden musste, wird dies in Tabelle II. 1 des Hauptgutachtens kenntlich gemacht.

1447. Zur Schätzung der Wertschöpfung wurde im Rahmen des XXI. Hauptgutachtens in sechs Fällen auf den Personalaufwand als Basis zurückgegriffen. Da der Personalaufwand den größten Teil der betrieblichen Wertschöpfung erklärt, wird diese Methode gegenüber der Verwendung der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse grundsätzlich bevorzugt. Von einer Schätzung mit Hilfe des Personalaufwands wurde nur abgesehen, wenn die Höhe des inländischen Personalaufwands nicht bekannt war. Auf der Basis des Personalaufwands wurde die Wertschöpfung der folgenden Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ geschätzt: Siemens AG, C. H. Boehringer Sohn KG, Rethmann AG & Co. KG, Otto Group, Carl Zeiss AG, Rheinmetall AG.

1448. Die Wertschöpfung der „100 Größten“ wurde in 15 Fällen anhand der Geschäftsvolumen- bzw. Beschäftigtenrelationen geschätzt. Anhand des Durchschnitts der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen erfolgte die Einordnung der Deutsche Post AG, der Airbus-Gruppe Deutschland, der Bertelsmann SE & Co. KGaA, der STRABAG-Gruppe Deutschland, der Liebherr-International-Gruppe Deutschland, der maxingvest AG, der DEKRA SE, des HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G., der ProSiebenSat.1 Media AG, der Total-Gruppe Deutschland, der H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland, der Rolls-Royce-Gruppe Deutschland, der Nestlé-Gruppe Deutschland sowie der Dr. August Oetker KG. Im Falle der Dr. August Oetker KG wurde zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung ausschließlich der Personalaufwand mit der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen gewichtet, da keine Angaben zum Ergebnis vor Zinsen und Steuern vorlagen. Die Wertschöpfung der Voith GmbH erfolgte auf Basis der Beschäftigtenrelation.

1449. Der Mangel an veröffentlichten Daten im Einzelhandel hat die Monopolkommission dazu veranlasst, die Wertschöpfung der Einzelhandelsgruppen zu schätzen. Die Wertschöpfung der Aldi-Gruppe, der REWE-Gruppe, der Edeka-Gruppe sowie der Schwarz-Gruppe wurde jeweils anhand des mit der Wertschöpfung/Umsatz-Relation von zur Gruppe zugehörigen Tochterunternehmen gewichteten Inlandsumsatz der Gruppen geschätzt. Im Falle der REWE-Gruppe und der Schwarz-Gruppe wurde auf die Relationen im Jahr 2013 zurückgegriffen. Die berichteten Inlandsumsatzerlöse der Einzelhandelsgruppen beruhen auf Schätzungen bzw. Hochrechnungen des Datenanbieters TradeDimensions. Somit räumt die Monopolkommission traditionell der korrekten Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ gegenüber einer exakten Wertschöpfungsermittlung Priorität ein.[3]

1.3 Additionsmethode zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung

1450. Alternativ zu einer Schätzung anhand der Relation in- und ausländischer Daten ermittelt die Monopolkommission die Wertschöpfung inländischer Teilkonzerne in einzelnen Fällen durch eine Summierung der Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften. Teilkonzerne, deren Wertschöpfung durch diese Additionsmethode ermittelt wurden, sind in Tabelle II. 1 des Hauptgutachtens mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet.

1451. Eine wesentliche Verzerrung der so ermittelten Wertschöpfung aufgrund der fehlenden Konsolidierung der als Berechnungsgrundlage herangezogenen Daten ist aus den folgenden Gründen nicht zu erwarten. Wegen des Abzugs der Vorleistungen im Rahmen der Wertschöpfungsermittlung entsteht ein Konsolidierungseffekt aus innerkonzernlichen Lieferungen und Leistungen nur, sofern im Berichtszeitraum keine Weiterveräußerung an Dritte erfolgt und das innerkonzernliche Geschäft mit einem Zwischenergebnis verbunden ist. Ein Zwischenergebnis wird erzielt, wenn der Buchwert der gelieferten Waren beim belieferten Konzernunternehmen nicht mit ihren aus Konzernsicht zu veranschlagenden Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten übereinstimmt. In diesem Fall weicht die konsolidierte Wertschöpfung von der Summenwertschöpfung in Höhe des Zwischenergebnisses ab. Die weiteren, durch Konsolidierungsmaßnahmen beeinflussten Erfolgspositionen sind in der Mehrzahl entweder nicht Bestandteil der Wertschöpfung –

---

[3] Vgl. hierzu ausführlich Eichmann, Finanzserviceleistung, indirekte Messung (FISIM), WISTA- Wirtschaft und Statistik 07/2005, S. 710-716.

hierzu gehören beispielsweise Aufwendungen und Erträge aus Verlustübernahme und Gewinnabführungen –, oder sie werden gemeinsam mit solchen Erfolgspositionen in die Wertschöpfung einbezogen, die einer kompensierenden Konsolidierungswirkung unterliegen. Hierzu gehören beispielsweise die sonstigen betrieblichen Erträge und Aufwendungen.

1452. Die Additionsmethode zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung wird vorrangig zur Abdeckung der Aktivitäten inländischer Tochterunternehmen von ausländischen Konzernobergesellschaften genutzt, sofern eine Befragung nach konsolidierten Ausgangsdaten ohne Erfolg bleibt. Ihre Anwendung setzt eine ausreichende Publizität der deutschen Konzerngesellschaften voraus und ist daher aufgrund der Größenabhängigkeit der Publizitätspflichten ungeeignet, sofern der ausländischen Konzernobergesellschaft eine Vielzahl kleiner inländischer Tochterunternehmen untergeordnet sind. Bezüglich des Berichtsjahrs 2014 wurde die Wertschöpfung der Konzerngesellschaften der Vodafone-Gruppe Deutschland, der Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland, der Procter & Gamble-Gruppe Deutschland sowie der Shell-Gruppe Deutschland mithilfe der Additionsmethode berechnet.

2 Ergänzende Tabellen zu Kapitel II

Tabelle A.1: Reale Wertschöpfung der 100 Größten im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reale[1] Wertschöpfung „100 Größte“		Reale[1] Wertschöpfung Gesamtwirtschaft		Anteil
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode (%)	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode (%)	in %
1978	181.311		935.951		19,4
1980	190.240	4,9	964.995	3,1	19,7
1982	184.796	-2,9	952.020	-1,3	19,4
1984	191.162	3,4	1.010.725	6,2	18,9
1986	203.317	6,4	1.061.539	5,0	19,2
1988	211.848	4,2	1.122.504	5,7	18,9
1990	225.508	6,4	1.233.102	9,9	18,3
1992	204.414	-9,4	1.161.148	-5,8	17,6
1994	233.699	14,3	1.191.425	2,6	19,6
1996	236.585	1,2	1.365.467	14,6	17,3
1998	266.856	12,8	1.428.083	4,6	18,7
2000	300.140	12,5	1.495.606	4,7	20,1
2002	257.559	-14,2	1.532.689	2,5	16,8
2004	260.652	1,2	1.597.447[2)]	4,2	16,3
2006	292.891	12,4	1.678.030[2)]	5,0	17,5
2008	270.921	-7,5	1.754.521[2)]	4,6	15,4
2010	273.256	0,9	1.705.155[2)]	-2,8	16,0
2012	282.468	3,4	1.779.276[2)]	4,3	15,9
2014	285.575	1,1	1.812.019	1,8	15,8

1 Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mit Hilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

2 Die zugrunde liegenden Nominalwerte wurden aktualisiert

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.2: Die inländische und die weltweite nominale Wertschöpfung der größten Unternehmen 2012 und 2014

Rang	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlands-an-teil
			Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	in %
1	2014	Volkswagen AG	29.595	15,2	46.543	13,5	63,6
1	2012		25.692		41.022		62,6
2	2014	Daimler AG	19.481	21,0	28.999	11,1	67,2
2	2012		16.100		26.099		61,7
3	2014	Bayerische Motoren Werke AG	14.631	29,1	18.887	12,2	77,5
5	2012		11.335		16.840		67,3
4	2014	Siemens AG	13.648*	-3,4	31.139	-3,1	43,8
3	2012		14.132*		32.142		44,0
5	2014	Deutsche Telekom AG	13.071	15,7	21.933	19,2	59,6
6	2012		11.300		18.394		61,4
6	2014	Deutsche Bahn AG	11.669	-0,6	16.750	2,5	69,7
4	2012		11.742		16.347		71,8
7	2014	Robert Bosch GmbH	9.173	17,1	18.101	6,6	50,7
8	2012		7.832		16.975		46,1
8	2014	Deutsche Post AG	7.309*	3,2	21.152	3,5	34,6
9	2012		7.085*		20.437		34,7
9	2014	BASF SE	6.492	-28,4	16.853	-6,7	38,5
7	2012		9.072		18.068		50,2
11	2014	RWE AG	6.186	-2,8	8.403	-8,3	73,6
11	2012		6.364		9.166		69,4
12	2014	Bayer AG	5.634	30,9	15.354	19,2	36,7
15	2012		4.304		12.878		33,4
13	2014	Deutsche Lufthansa AG	5.160	-20,9	8.104	-3,1	63,7
10	2012		6.524		8.366		78,0
14	2014	SAP SE	5.045	7,7	12.211	7,8	41,3
14	2012		4.684		11.330		41,3
15	2014	Fresenius SE & Co. KGaA	4.740	51,2	12.113	24,6	39,1
26	2012		3.135		9.718		32,3
18	2014	Continental AG	4.461	6,5	11.179	12,8	39,9
18	2012		4.189		9.911		42,3
21	2014	Metro AG	4.242	-0,5	8.469	-4,7	50,1
17	2012		4.264		8.888		48,0

Rang	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlands-an-teil
			Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	in %
22	2014	E.ON SE	4.052	-31,9	3.812	-60,8	106,3[1]
12	2012		5.949*		9.715		61,2
24	2014	ZF Friedrichsha-fen AG	3.798	17,7	5.133	8,6	74,0
25	2012		3.226		4.727		68,2
26	2014	ThyssenKrupp AG	3.570	-6,9	9.564	-4,6	37,3
22	2012		3.836		10.022		38,3
29	2014	Bertelsmann SE & Co. KGaA	2.979*	5,4	6.363	2,9	46,8
28	2012		2.826		6.186		45,7
30	2014	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	2.937	7,0	5.102	9,3	57,6
30	2012		2.744		4.666		58,8
32	2014	Evonik Indust-ries AG	2.640	-18,4	3.820	-16,1	69,1
24	2012		3.236		4.555		71,0
34	2014	Rhön-Klinikum AG	2.297	21,4	2.297	21,3	100,0
38	2012		1.893		1.893		100,0
37	2014	Asklepios Klini-ken GmbH	2.137	8,0	2.137	8,0	100,0
37	2012		1.979		1.979		100,0
38	2014	C. H. Boehrin-ger Sohn AG & Co. KG	2.091*	16,4	6.256	6,4	33,4
40	2012		1.796*		5.877		30,6
41	2014	Rethmann SE & Co. KG	1.660*	2,2	2.740	10,6	60,6
44	2012		1.624*		2.478		65,5
43	2014	Otto Group	1.538*	7,5	2.273	-6,8	67,7
49	2012		1.430*		2.440		58,6
45	2014	HGV Hambur-ger Gesellschaft für Vermögens- und Beteili-gungsmanage-ment mbH	1.523	5,7	1.523	5,7	100,0
48	2012		1.441		1.441		100,0
46	2014	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1.488	21,5	3.404	6,1	43,7
60	2012		1.225		3.208		38,2
47	2014	Wacker Chemie AG	1.477	19,9	1.689	9,1	87,4
58	2012		1.232		1.548		79,6
48	2014	Energie Baden-Württemberg AG	1.461	-44,9	1.621	-43,6	90,1
32	2012		2.651		2.876		92,2

Rang	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlands-an-teil
			Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	in %
49	2014	Salzgitter AG	1.429	11,5	1.682	9,2	85,0
53	2012		1.282		1.539		83,3
50	2014	Sana Kliniken AG	1.418	20,0	1.418	20,0	100,0
65	2012		1.182		1.182		100,0
51	2014	E. Merck KG	1.414	11,9	4.928	8,9	28,7
55	2012		1.264		4.526		27,9
54	2014	Henkel AG & Co. KGaA	1.342	2,5	4.844	0,0	27,7
50	2012		1.309		4.846		27,0
56	2014	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1.328	8,0	1.454	0,5	91,3
59	2012		1.230		1.447		85,0
59	2014	BSH Hausgeräte GmbH	1.247	4,9	3.078	12,1	40,5
63	2012		1.189		2.746		43,3
60	2014	K+S AG	1.225	-18,2	1.654	-9,1	74,1
45	2012		1.497		1.820		82,3
63	2014	maxingvest AG	1.138*	9,0	2.565	9,9	44,4
73	2012		1.044*		2.333		44,8
64	2014	Carl Zeiss AG	1.137*	7,4	1.911	4,0	59,5
70	2012		1.059*		1.838		57,6
65	2014	Pricewater-houseCoopers Aktiengesell-schaft Wirt-schaftsprü-fungsgesell-schaft	1.106	4,6	1.106	4,6	100,0
71	2012		1.057		1.057		100,0
70	2014	DEKRA SE	1.022*	14,4	1.763	20,6	57,9
88	2012		893*		1.462		61,1
71	2014	AVECO Holding AG	1.001	3,3	1.001	3,3	100,0
81	2012		969		969		100,0
72	2014	Linde AG	1.000	10,7	5.402	8,1	18,5
87	2012		904		4.998		18,1
74	2014	Hella KGaA Hueck & Co.	956	24,9	1.804	21,2	53,0
99	2012		766		1.488		51,5
76	2014	LANXESS AG	917	-6,7	1.677	-23,9	54,7
79	2012		983		2.204		44,6

Rang	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlands-anteil
			Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	Mio. EUR	Veränderung 2012/2014 (%)	in %
78	2014	Freudenberg & Co. KG	908	-7,7	5.141	118,0	17,7
78	2012		984		2.358		41,7
80	2014	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	901	-2,7	901	-2,7	100,0
85	2012		926		926		100,0
81	2014	Stadtwerke Köln GmbH	898	-3,8	898	-3,8	100,0
83	2012		934		934		100,0
86	2014	B. Braun Melsungen AG	874	9,7	2.455	6,5	35,6
96	2012		797		2.304		34,6
87	2014	EWE AG	869	-13,5	902	-11,8	96,3
74	2012		1.005		1.023		98,2
89	2014	Voith GmbH	862*	-13,5	2.348	-3,7	36,7
76	2012		997*		2.438		40,9
91	2014	Stadtwerke München GmbH	855	-14,5	855	-14,5	100,0
75	2012		1.001		1.001		100,0
93	2014	Bilfinger SE	844	-22,1	3.291	7,9	25,6
69	2012		1.084		3.051		35,5
95	2014	Axel Springer SE	840	-11,6	1.232	-9,6	68,2
82	2012		950		1.363		69,7
97	2014	Rheinmetall AG	814*	-16,7	1.350	-16,7	60,3
80	2012		978*		1.620		60,3
Insgesamt (n=56)	2014		222.531	5,4	409.584	4,6	54,3
	2012		211.123		391.661		53,9

Anmerkungen: Bei der Gegenüberstellung ist die begrenzte Vergleichbarkeit von inländischer und weltweiter Wertschöpfung zu berücksichtigen. Dies lässt sich auf die Möglichkeit der Konsolidierung von Verlusten ausländischer Tochterunternehmen sowie auf die Anwendung unterschiedlicher Rechnungslegungsstandards zurückführen. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste

[1] Da die inländische Wertschöpfung der E.ON SE im Berichtsjahr 2014 größer war als die weltweite Wertschöpfung, ist der Inlandsanteil größer als 100 Prozent. Dieses Ergebnis ist auf hohe Wertminderungen im Ausland zurückzuführen

Quellen: Eigene Erhebungen sowie veröffentlichte Geschäftsberichte

Tabelle A.3: Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reales[1] Geschäftsvolumen der 50 größten Industrieunternehmen[2]		Reales[1] Geschäftsvolumen aller Industrieunternehmen[3]		Anteil in %
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	
1978	443.189		1.431.842		30,95
1980	508.119	14,7	1.629.468	13,8	31,18
1982	539.733	6,2	1.617.432	-0,7	33,37
1984	563.729	4,4	1.696.437	4,9	33,23
1986	531.866	-5,7	1.651.847	-2,6	32,20
1988	537.344	1,0	1.688.279	2,2	31,83
1990	597.845	11,3	1.841.489	9,1	32,47
1992	535.727	-10,4	1.669.854	-9,3	32,08
1994	485.287	-9,4	1.761.754	5,5	27,55
1996	518.912	6,9	1.763.623	0,1	29,42
1998	545.371	5,1	1.889.303	7,1	28,87
2000	644.631	18,2	2.087.526	10,5	30,88
2002	633.233	-1,8	2.057.849	-1,4	30,77
2004	648.555	2,4	2.021.128	-1,8	32,09
2006	764.481	17,9	2.295.632	13,6	33,30
2008	797.337	4,3	2.525.350	10,0	31,57
2010	761.192	-4,5	2.389.821	-5,4	31,85
2012	908.188	19,3	2.609.356	9,2	34,81
2014	892.687	-1,7	2.520.570	-3,4	35,42

[1] Sowohl die aggregierten Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen wie auch die Summe der Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahres-preisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Hier ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich zu den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

[2] Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen

[3] Die zugrunde liegenden Nominalwerte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) gemäß Umsatzsteuerstatistik. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruhte. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.4: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reales[1] Geschäftsvolumen der zehn größten Handelsunternehmen[2]		Reales[1] Geschäftsvolumen aller Handelsunternehmen[3]		Anteil in %
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	
1978	72.865		962.349		7,57
1980	74.621	2,4	1.034.408	7,5	7,21
1982	77.493	3,8	1.005.950	-2,8	7,70
1984	77.008	-0,6	1.048.577	4,2	7,34
1986	71.232	-7,5	1.033.748	-1,4	6,89
1988	79.810	12,0	1.093.973	5,8	7,30
1990	86.034	7,8	1.243.700	13,7	6,92
1992	83.144	-3,4	1.180.228	-5,1	7,04
1994	91.565	10,1	1.247.924	5,7	7,34
1996	105.153	14,8	1.264.734	1,3	8,31
1998	113.286	7,7	1.330.066	5,2	8,52
2000	128.895	13,8	1.456.412	9,5	8,85
2002	135.462	5,1	1.428.187	-1,9	9,48
2004	160.160	18,2	1.473.111	3,1	10,87
2006	167.869	4,8	1.639.516	11,3	10,24
2008	173.248	3,2	1.750.556	6,8	9,90
2010	165.050	-4,7	1.652.601	-5,6	9,99
2012	170.145	3,1	1.782.646	7,9	9,54
2014	191.522	12,6	1.767.284	-0,9	10,84

[1] Sowohl die aggregierten Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen wie auch die Summe der Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Hier ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

[2] Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen

[3] Die zugrunde liegenden Nominalwerte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnitts G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruhte. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.5: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reales[1] Geschäftsvolumen der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen[2]		Reales[1] Geschäftsvolumen aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen[3]		Anteil in %
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	
1978	23.746		303.125		7,83
1980	26.927	13,4	342.044	12,8	7,87
1982	27.834	3,4	354.566	3,7	7,85
1984	29.432	5,7	379.911	7,1	7,75
1986	26.709	-9,3	410.977	8,2	6,50
1988	27.800	4,1	470.257	14,4	5,91
1990	30.079	8,2	563.862	19,9	5,33
1992	28.146	-6,4	576.477	2,2	4,88
1994	91.732	225,9	599.015	3,9	15,31
1996	94.615	3,1	658.276	9,9	14,37
1998	110.045	16,3	740.230	12,4	14,87
2000	132.282	20,2	842.956	13,9	15,69
2002	133.468	0,9	899.015	6,7	14,85
2004	130.970	-1,9	897.823	-0,1	14,59
2006	140.321	7,1	1.004.814	11,9	13,96
2008	136.701	-2,6	1.061.307	5,6	12,88
2010	124.388	-9,0	952.529	-10,2	13,06
2012	130.026	4,5	952.286	0,0	13,65
2014	127.087	-2,3	946.603	-0,6	13,43

[1] Sowohl die aggregierten Umsätze der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen wie auch die Summe der Umsatzerlöse aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Hier ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

[2] Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen

[3] Die zugrunde liegenden Nominalwerte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) sowie S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruhte. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.6: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reales[1] Geschäftsvolumen der zehn größten Kreditinstitute[2]		Reales[1] Geschäftsvolumen aller Kreditinstitute[3]		Anteil in %
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	
1978	801		2.148		37,28
1980	855	6,8	2.315	7,8	36,93
1982	880	2,9	2.456	6,1	35,82
1984	982	11,7	2.684	9,3	36,60
1986	1.071	9,1	2.927	9,0	36,61
1988	1.206	12,5	3.232	10,4	37,31
1990	1.453	20,5	4.031	24,7	36,05
1992	1.446	-0,5	3.810	-5,5	37,95
1994	1.760	21,7	4.239	11,3	41,52
1996	2.217	26,0	5.045	19,0	43,94
1998	3.076	38,7	6.314	25,1	48,72
2000	4.010	30,4	7.712	22,1	52,00
2002	3.927	-2,1	7.796	1,1	50,38
2004	3.776	-3,9	7.909	1,4	47,74
2006	4.330	14,7	8.447	6,8	51,26
2008	4.426	2,2	8.828	4,5	50,13
2010	4.661	5,3	9.481	7,4	49,16
2012	5.107	9,6	9.074	-4,3	56,28
2014	4.280	-16,2	8.057	-11,2	53,12

[1] Die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute in Deutschland sowie diejenige aller Kreditinstitute wurde mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Hier ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

[2] Ab 1998 wird der Anteil anhand der unkonsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt

[3] Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft 1 zum Monatsbericht, Januar 2016, S. 106. Die Deutsche Bundesbank ermittelt die Bilanzsummen anhand der Einzelabschlüsse der Kreditinstitute

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank

Tabelle A.7: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2014

Jahr	Reales[1] Geschäftsvolumen der zehn größten Versicherungsunternehmen[2]		Reales[1] Geschäftsvolumen aller Versicherungsunternehmen[3]		Anteil in %[4]
	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	
1978	34.492				
1980	39.512	14,6			
1982	41.963	6,2			
1984	43.923	4,7			
1986	46.967	6,9			
1988	52.862	12,6			
1990	55.650	5,3	134.469		41,38
1992	63.716	14,5	136.370	1,4	46,72
1994	76.390	19,9	155.726	14,2	49,05
1996	76.219	-0,2	164.247	5,5	46,41
1998	96.123	26,1	173.046	5,4	55,55
2000	110.986	15,5	191.889	10,9	57,84
2002	125.716	13,3	209.484	9,2	60,01
2004	133.139	5,9	224.406	7,1	59,33
2006	138.997	4,4	226.305	0,8	61,42
2008	137.996	-0,7	220.294	-2,7	62,64
2010	136.700	-0,9	229.271	4,1	59,62
2012	139.694	2,2	236.319	3,1	59,11
2014	140.753	0,8	240.115	1,6	58,62

[1] Die unkonsolidierten Beitragseinnahmen in jeweiligen Preisen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2010; eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand April 2016). Hier ist zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist

[2] Die zugrunde liegenden Nominalwerte beziehen sich auf die konsolidierten Beitragseinnahmen der inländischen Konzernbereiche

[3] Für die zugrunde liegenden Nominalwerte vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht- Erstversicherungsunternehmen und Pensionsfonds- 2014, S. 11. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ermittelt das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten

[4] Bis einschließlich 1996 beruht der Anteil auf den konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen. Ab 1998 beruht der Anteil auf den unkonsolidierten inländischen Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen

Quellen: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

B. Anhang Kapitel III

Tabelle B.V.1: Vergleich der Umsätze in Orbis mit Eurostat-Schätzungen

Land	Umsätze nach Eurostat (in Mrd. EUR)	Summe Umsätze in Datensatz (in Mrd. EUR)	Abdeckungsrate (%)
Österreich	221	126	57,01
Belgien	322	261	81,06
Bulgarien	32	29,5	92,19
Schweiz	285	116	40,70
Tschechien	199	132	66,33
Deutschland	2.621	1550	59,14
Dänemark	131	86,3	65,88
Estland	13	10,9	83,85
Spanien	576	470	81,60
Finnland	129	104	80,62
Frankreich	1.060	905	85,38
Vereinigtes Königreich	861	715	83,04
Griechenland	71	65,7	92,54
Kroatien	22	16,0	72,73
Ungarn	117	68,6	58,63
Irland	108	29,7	27,50
Italien	1.231	864	70,19
Litauen	17	8,6	50,59
Luxemburg	8	6	75,00
Lettland	17	8,2	48,24
Niederlande	418	181	43,30
Norwegen	297	121	40,74
Polen	337	255	75,67
Portugal	101	81,8	80,99
Rumänien	86	65,5	76,16
Schweden	239	196	82,01
Slowenien	31	19,6	63,23
Slowakei	75	62,5	83,33
Gesamt	9.625	6.554,9	68,10

Anmerkungen: Umsätze beziehen sich auf das produzierende Gewerbe (Wirtschaftszweige 5-39 der NACE Rev. 2 Klassifikation). Die Summe der Umsätze im Datensatz bezieht sich auf die unkonsolidierte Ebene und lediglich auf Wirtschaftszweige, für welche Angaben durch Eurostat veröffentlicht worden sind. Aufgrund unterschiedlicher Berechnungsmethoden können die in den Daten erfassten Umsätze die Eurostat-Werte übersteigen

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und Eurostat

Tabelle B.V.2: Abschreibungsraten aggregierter Wirtschaftszweige (2006-2013)

	NACE Code(s)	Anzahl	Mittelwert	Minimum	Maximum
Agrarwirtschaft und Bergbau	01-09	166	0,102	0,019	0,142
Verarbeitendes Gewerbe:					
Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabak	10-12	215	0,064	0,038	0,117
Herstellung von Textilien	13-15	219	0,075	0,039	0,160
Herstellung von Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung	16-19	226	0,064	0,034	0,117
Herstellung chemischer Erzeugnisse	20	235	0,063	0,035	0,117
Herstellung pharmazeutischer Erzeugnisse	21	225	0,062	0,036	0,117
Herstellung von Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren	22,23	235	0,065	0,036	0,117
Metallerzeugung und -erzeugnisse	24,25	229	0,064	0,037	0,117
Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, optische und elektronische Ausrüstung	26,27	233	0,071	0,039	0,117
Herstellung von Maschinen und Fahrzeugen	28-33	223	0,065	0,033	0,117
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	35-39	206	0,039	0,012	0,060
Handel und Gastgewerbe	45-47,55,56	236	0,066	0,024	0,126
Baugewerbe und Infrastruktur	41-43,49-53	226	0,072	0,023	0,254
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	58-61	226	0,091	0,043	0,154
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	62,63	228	0,114	0,074	0,160
Grundstücks- und Wohnungswesen	68	228	0,020	0,014	0,029
Sonstige Dienstleistungen	69-82	219	0,094	0,024	0,161
Gesundheits- und Sozialwesen	86-88	197	0,040	0,016	0,065

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk und der OECD

C. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47)

in der Bekanntmachung der Neufassung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

Achter Abschnitt

Monopolkommission

§ 44

Aufgaben

(1) [1]Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. [2]Das Gutachten soll die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren einbeziehen und bis zum 30. Juni des darauffolgenden Jahres abgeschlossen sein. [3]Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. [4]Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen.

(2) [1]Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. [2]Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.

(3) [1]Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. [2]Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. [3]Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. [4]Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

§ 45

Mitglieder

(1) [1]Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirt-schaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen. [2]Die Monopolkommission wählt aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden.

(2) [1]Die Mitglieder der Monopolkommission werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten für die Dauer von vier Jahren berufen. [2]Wiederberufungen sind zulässig. [3]Die Bundesregierung hört die Mitglieder der Kommission an, bevor sie neue Mitglieder vorschlägt. [4]Die Mitglieder sind berechtigt, ihr Amt durch Erklärung gegenüber dem Bundespräsidenten niederzulegen. [5]Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, so wird ein neues Mitglied für die Dauer der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds berufen.

(3) [1]Die Mitglieder der Monopolkommission dürfen weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. [2]Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. [3]Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

§ 46

Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder

(1) Die Beschlüsse der Monopolkommission bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Mitgliedern.

(2) [1]Die Monopolkommission hat eine Geschäftsordnung und verfügt über eine Geschäftsstelle. [2]Diese hat die Aufgabe, die Monopolkommission wissenschaftlich, administrativ und technisch zu unterstützen.

(2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

(3) [1]Die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle sind zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet. [2]Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auch auf Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden oder die gemäß Absatz 2a erlangt worden sind.

(4) [1]Die Mitglieder der Monopolkommission erhalten eine pauschale Entschädigung sowie Ersatz ihrer Reisekosten. [2]Diese werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern festgesetzt. Die Kosten der Monopolkommission trägt der Bund.

§ 47

Übermittlung statistischer Daten

(1) [1]Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vomhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs

a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,

b) am Umsatz,

c) an der Zahl der tätigen Personen,

d) an den Lohn- und Gehaltsummen,

e) an den Investitionen,

f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,

g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,

h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten

übermittelt. [2]Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vomhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. [3]Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. [4]Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. [5]Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusammengefasste Angaben von weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betrieben oder fachlichen Teile von Unternehmen möglich sein. [6]Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. [7]Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.

(2) [1]Personen, die zusammengefasste Einzelangaben nach Absatz 1 erhalten sollen, sind vor der Übermittlung zur Geheimhaltung besonders zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. [2]§ 1 Abs. 2, 3 und 4 Nr. 2 des Verpflichtungsgesetzes gilt entsprechend. [3]Personen, die nach Satz 1 besonders verpflichtet worden sind, stehen für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verletzung

von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5; §§ 204, 205) und des Dienstgeheimnisses (§ 353b Abs. 1) den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gleich.

(3) [1]Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. [2]Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

(4) Bei der Monopolkommission muss durch organisatorische und technische Maßnahmen sichergestellt sein, dass nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Verpflichtete nach Absatz 2 Satz 1 Empfänger von zusammengefassten Einzelangaben sind.

(5) [1]Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Abs. 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen. [2]Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

(6) Bei der Durchführung der Wirtschaftsstatistiken nach Absatz 1 sind die befragten Unternehmen schriftlich zu unterrichten, dass die zusammengefassten Einzelangaben nach Absatz 1 der Monopolkommission übermittelt werden dürfen.

D. Untersagungen durch das Bundeskartellamt

Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) bis März 2015 wurden 189 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen. Die weitere Verfahrensentwicklung dieser Fälle wurde bis Ende Mai 2016 erfasst:

129 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haindl/Holtzmann
   Beschluss des BKartA vom 4. Februar 1974, B6-46/73, WuW/E BKartA 1475

2. Kaiser/Preussag Aluminium
   (nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
   Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
   Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BWM 149

3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben[1]
   (Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
   Beschluss des BKartA vom 9. März 1976, B8-119/75, WuW/E BKartA 1647
   Beschluss des KG vom 23. März 1977, Kart 11/76, WuW/E OLG 1895
   Beschluss des BGH vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533

4. GKN/Sachs
   (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
   Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
   Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
   Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501

5. Alsen-Breitenburg/Zementwerk Klöckner-Werke AG
   (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
   Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1976, B7-24/76, WuW/E BKartA 1667
   Beschluss des KG vom 15. März 1978, Kart 1/77, WuW/E OLG 1989
   Beschluss des BGH vom 23. Oktober 1979, KVR 3/78, WuW/E BGH 1655

6. RWE/Gesellschaft für Energiebeteiligung
   (nach Beschwerde beim Kammergericht)
   Beschluss des BKartA vom 16. September 1977, B8-37/77, AG 1978, S. 109
   Beschluss des KG vom 15. März 1979, Kart 23/77, WuW/E OLG 2113

7. Bergedorfer Buchdruckerei (Springer)/Elbe-Wochenblatt
   (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
   Beschluss des BKartA vom 18. Januar 1978, B6-62/77, WuW/E BKartA 1700
   Beschluss des KG vom 1. November 1978, Kart 4/78, WuW/E OLG 2109
   Beschluss des BGH vom 18. Dezember 1979, KVR 2/79, WuW/E BGH 1685

8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
   (nach Rücknahme der Beschwerde)
   Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709

9. Andreae-Noris Zahn/R. Holdermann
   (nach Rücknahme der Beschwerde)
   Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747

[1] Die Statistik wurde der Zählweise des Bundeskartellamtes angepasst. Bis zum Achten Hauptgutachten wurde dieser Fall unter der Rubrik "vom Kartellamt zurückgenommen oder in sonstiger Weise erledigt" geführt.

10. AVEBE/KSH-Emslandstärke
    (durch einstweilige Anordnung)
    Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1978, B6-187/77, WuW/E BKartA 1716

11. Springer Verlag/Münchener Zeitungsverlag
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1978, B6-88/76, WuW/E BKartA 1733
    Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 19/78, WuW/E OLG 2228
    Beschluss des BGH vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854

12. Münchener Wochenblatt Verlags- und Werbegesellschaft mbH/3 Münchener Anzeigenblätter
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 22. November 1979, B6-12/79, AG 1980, S. 283
    Beschluss des KG vom 7. November 1980, Kart 2/80, WuW/E OLG 2457
    Beschluss des BGH vom 16. Februar 1982, KVR 1/81, WuW/E BGH 1905

13. Bayer AG/Röhm GmbH[2]
    (Erledigung in der Hauptsache)
    Beschluss des BKartA vom 28. Januar 1980, B8-117/79, AG 1980, S. 196

14. Deutsche Uhrglasfabrik/Eurotech Mirrors International Ltd.
    Beschluss des BKartA vom 27. Mai 1980, B7-163/79, WuW/E BKartA 1875

15. Springer Verlag (Ullstein GmbH)/Verlag Haupt & Koska GmbH & Co. KG
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1980, B6-125/79, AG 1981, S. 260
    Beschluss des KG vom 3. Juli 1981, Kart 22/80, WuW/E OLG 2527
    Beschluss des BGH vom 28. September 1982, KVR 8/81, WuW/E BGH 1954

16. Süddeutsche Zucker AG/KWS Kleinwanzlebener Saatzucht AG
    Beschluss des BKartA vom 6. November 1980, B6-116/79, AG 1981, S. 288

17. Gruner & Jahr AG & Co./Zeitverlag Bucerius AG
    (Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 9. Januar 1981, B6-95/80, WuW/E BKartA 1863
    Beschluss des KG vom 24. November 1982, Kart 11/81, AG 1983, S. 285
    Beschluss des BGH vom 2. Oktober 1984, KVR 5/83, WuW/E BGH 2112
    Beschluss des KG vom 7. Februar 1986, Kart 17/84, WuW/E OLG 3807
    Beschluss des BGH vom 22. September 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433

18. Rewe-Zentral-Handelsgesellschaft mbH/Florimex Verwaltungsgesellschaft mbH
    (nach Beschwerde beim Kammergericht)
    Beschluss des BKartA vom 30. Januar 1981, B6-44/80, WuW/E BKartA 1876
    Beschluss des KG vom 22. März 1983, Kart 17/81, WuW/E OLG 2862

19. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwaren-fabrik
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
    Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
    Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
    Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150

---

[2] Vgl. vorherige Fn.

20. Deutsche Lufthansa AG/f.i.r.s.t.-Reisebüro GmbH
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. August 1981, B6-162/80, WuW/E BKartA 1908
Beschluss des KG vom 8. Dezember 1982, Kart 42/81, WuW/E OLG 2849

21. Nordwest-Zeitung Druck- und Pressehaus GmbH/Ammerland-Echo Verlags GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. September 1981, B6-8/81, WuW/E BKartA 1931

22. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
(nach Rücknahme der Beschwerde und des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921

23. Co op AG/Supermagazin GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde der Beigeladenen vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen)
Beschluss des BKartA vom 23. März 1982, B9-2002/82, WuW/E BKartA 1970
Beschluss des KG vom 19. Januar 1983, Kart 18/82, WuW/E OLG 2970
Beschluss des BGH vom 10. April 1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077

24. Schaper Zentralverwaltung/Discounthaus zum "bösen Wolf", Theodor Wolf GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 17. Februar 1983, B9-2054/82, WuW/E BKartA 2022
Beschluss des KG vom 7. Dezember 1983, Kart 7/83, WuW/E OLG 3213

25. Deutag-Mischwerke GmbH & Co. KG/Oberbergische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Februar 1983, B1-34/82, WuW/E BKartA 2077
Beschluss des KG vom 28. Februar 1984, Kart 5/83, WuW/E OLG 3417
Beschluss des BGH vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, WuW/E BGH 2169

26. Stadtwerke Bremen AG + Gasversorgung Wesermünde GmbH/Gasversorgung Schwanewede GmbH
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 1983, B8-183/82, WuW/E BKartA 2107

27. Süddeutscher Verlag GmbH/Donau-Kurier Verlagsgesellschaft A. Ganghofer'sche Buchhandlung, Courier Druckhaus KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 24. Oktober 1983, B6-7/83, WuW/E BKartA 2103
Beschluss des KG vom 11. Juli 1984, Kart 28/83, WuW/E OLG 3303
Beschluss des BGH vom 27. Mai 1986, KVR 7/84, WuW/E BGH 2276

28. Panorama Anzeigenblatt GmbH + Rhein-Erft GmbH/Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1983, B6-96/82, AG 1984, S. 164
Beschluss des KG vom 4. März 1986 Kart 1/84, WuW/E OLG 3767
Beschluss des BGH vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425

29. Südkurier GmbH/Singener Wochenblatt GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1984, B6-32/82, WuW/E BKartA 2140
Beschluss des KG vom 23. April 1986, Kart 8/84, WuW/E OLG 3875
Beschluss des BGH vom 10. November 1987, KVR 7/86, WuW/E BGH 2443

30. Siemens, Philips, AEG, SEL, kabelmetal/GfL Gesellschaft für Lichtwellenleiter GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 8. Juni 1984, B7-18/82, WuW/E BKartA 2143

31. Touristik Union International GmbH & Co. KG/Air-Conti Flugreisen GmbH & Co. KG
    (nach Rücknahme der Beschwerde)
    Beschluss des BKartA vom 19. Juli 1984, B6-89/83, WuW/E BKartA 2169

32. Pillsbury Company/Sonnen-Bassermann-Werke Sieburg & Pförtner GmbH & Co. KG
    (nach Beschwerde beim Kammergericht)
    Beschluss des BKartA vom 26. März 1985, B2-146/84, AG 1985, S. 281
    Beschluss des KG vom 7. November 1985, Kart 6/85, WuW/E OLG 3759

33. Karstadt AG + Kaufhof AG/NUR-Touristik GmbH + ITS International Tourist Services Länderreisedienste GmbH
    Beschluss des BKartA vom 23. September 1985, B6-26/85, AG 1986, S. 377

34. Kampffmeyer Mühlen GmbH/Georg Plange GmbH & Co. KG
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 8. November 1985, B2-10/85, WuW/E BKartA 2223
    Beschluss des KG vom 16. Dezember 1987, Kart 73/85, WuW/E OLG 4167
    Beschluss des BGH vom 7. März 1989, KVR 3/88, WuW/E BGH 2575

35. Linde AG/Agefko Kohlensäure-Industrie GmbH
    Beschluss des BKartA vom 13. Dezember 1985, B3-54/85, WuW/E BKartA 2213

36. Weiss-Druck + Verlag GmbH & Co. KG/S-W Verlag GmbH & Co. für Lokalinformationen
    (nach Beschwerde beim Kammergericht)
    Beschluss des BKartA vom 16. Dezember 1985, B6-71/84, AG 1986, S. 371
    Beschluss des KG vom 15. Januar 1988, Kart 1/86 WuW/E OLG 4095

37. Darmstädter Echo Verlag und Druckerei GmbH/Südhessische Post GmbH
    (nach Rücknahme der Beschwerde)
    Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1986, B6-16/85, AG 1986, S. 370

38. Hüls AG/Condea Chemie GmbH
    Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1986, B3-58/86, WUW/E BKartA 2247

39. Hamburger Wochenblatt Verlag GmbH/Schlei-Verlag GmbH
    (nach Rücknahme der Beschwerde)
    Beschluss des BKartA vom 14. Januar 1987, B6-108/86, WuW/E BKartA 2251

40. Lübecker Nachrichten GmbH/Stormarner Tageblatt Verlag und Druckerei GmbH & Co.
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 18. Februar 1988, B6-24/87, WuW/E BKartA 2290
    Beschluss des KG vom 12. Juli 1990, Kart 4/88, WuW/E OLG 4547
    Beschluss des BGH vom 15. Oktober 1991, KVR 3/90, WuW/E BGH 2743

41. Heidelberger Zement AG/Malik Baustoffe GmbH & Co.KG
    (nach Rücknahme der Beschwerde)
    Beschluss des BKartA vom 27. Juli 1988, B1-107/87, WuW/E BKartA 2297

42. Wieland-Werke AG/Langenberg Kupfer- und Messingwerke KG
    (nach Beschwerde beim Kammergericht)
    Beschluss des BKartA vom 18. August 1988, B5-92/88, WuW/E BKartA 2304

43. Melitta Werke Bentz & Sohn/Kraft GmbH
    (nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 14. April 1989, B3-137/88, WuW/E BKartA 2370
    Beschluss des KG vom 23. Mai 1991, Kart 13/89, WuW/E OLG 4771
    Beschluss des BGH vom 7. Juli 1992, KVR 14/91, WuW/E BGH 2783

44. DLT Deutsche Luftverkehrsgesellschaft mbH/Südavia Fluggesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 23. Mai 1989, B5-256/88, WuW/E BKartA 2391

45. Westdeutscher Rundfunk Köln/Radio NRW GmbH
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 18. Juli 1989, B6-71/88, WuW/E BKartA 2396
Beschluss des KG vom 26. Juni 1991, Kart 23/89, WuW/E OLG 4811

46. MAN B & W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BWM 207

47. WMF Württembergische MetallwarenfabrikAG/Kistra Beteiligungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 25. August 1989, B1-28/89, WuW/E BKartA 2414
Beschluss des KG vom 28. Juni 1991, Kart 25/89, WuW/E OLG 4865

48. Meistermarken-Werke GmbH/Martin Braun Backmittel und Essenzen KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1989, B2-62/89, WuW/E BKartA 2421

49. Tengelmann Handelsgesellschaft/Gottlieb Handelsgesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 20. November 1989, B9-2056/89, WuW/E BKartA 2441

50. Axel Springer Verlag AG/A. Beig Druckerei und Verlag GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 25. April 1990, B6-59/86, WuW/E BKartA 2477
Beschluss des KG vom 13. Februar 1991, Kart 12/90, WuW/E OLG 4737
Beschluss des BGH vom 6. Oktober 1992, KVR 24/91, WuW/E BGH 2795

51. Mainpresse Richter Druck und Verlag GmbH/Bote vom Grabfeld GmbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1990, B6-22/90
Beschluss des KG vom 14. November 1990, Kart 14/90, WuW/E OLG 4637

52. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445

53. GfB Gesellschaft für Beteiligungsbesitz mbH & Co.KG/Zeitungsverlag Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co.KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. August 1990, B6-116/89, WuW/E BKartA 2471
Beschluss des KG vom 12. Juni 1991, Kart 16/90, WuW/E OLG 4835
Beschluss des BGH vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, WuW/E BGH 2882

54. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BWM 213

55. Wandsbek Kurier Verlag GmbH/Stadt-Anzeiger Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH, Leipzig
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 1992, B6-157/91, WuW/E BKartA 2515

56. Werner & Pfleiderer GmbH/Franz Daub und Söhne (GmbH & Co.)
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1992, B4-173/91, AG 1992, S. 406
Beschluss des KG vom 15. Dezember 1993, Kart 15/92, WuW/E OLG 5271
Beschluss des BGH vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026

57. Gillette Company/Wilkinson Sword Europe
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. Juli 1992, B5-42/90, AG 1992, S. 363

58. Zahnradfabrik Friedrichshafen AG/Allison Transmission Division
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 15. April 1993, B5-117/92, WuW/E BKartA 2521

59. Fresenius/Schiwa
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1993, B3-52/92, WuW/E BKartA 2591
Beschluss des KG vom 18. Oktober 1995, Kart 18/93, AG 1996, S. 268

60. Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG/Raiffeisen Haupt-Genossenschaft eG, Hannover
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – beiderseitige Erledigungserklärung)
Beschluss des BKartA vom 20. September 1993, B2-35/93, AG 1993, S. 571
Beschluss des KG vom 9. November 1994, Kart 20/93, WuW/E OLG 5364
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037

61. ATG Automobiltransportlogistik GmbH, Eschborn/Menke Holding GmbH & Co.KG/Silcock & Colling Ltd.
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1994, B9-2013/94, WuW/E BKartA 2659

62. Narva Speziallampen GmbH (Philips GmbH)/Lindner Licht GmbH
(Beschwerde vom Kammergericht zurückgewiesen, da kein Feststellungsinteresse
nach Aufgabe des Vorhabens)
Beschluss des BKartA vom 11. August 1994, B7-56/94, WuW/E BKartA 2669
Beschluss des KG vom 6. September 1995, Kart 17/94, WuW/E OLG 5497

63. Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG/Stadtwerke Garbsen GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701
Beschluss des KG vom 10. Januar 1996, Kart 23/94, WuW/E OLG 5621
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 21/96, WuW/E DE-R 32

64. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 24. Januar 1995, B1-252/94, WuW/E BKartA 2729
Beschluss des KG vom 18. März 1998, Kart 3/95, WuW/E DE-R 94

65. RWE Energie AG/Stromversorgung Aggertal GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1995, B8-178/94, WuW/E BKartA 2713
Beschluss des KG vom 20. März 1996, Kart 4/95, WuW/E OLG 5601
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 33/96, WuW/E DE-R 24

66. T & N plc/Kolbenschmidt AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829

67. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820

68. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH[3]
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 9. Februar 1996, B5-33/95, AG 1996, S. 282
Beschluss des KG vom 16. April 1997, Kart 2/96, WuW/E OLG 5879

69. Tukan Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG/Adolf Deil GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Februar 1996, B6-51/95, AG 1996, S. 477
Beschluss des KG vom 12. März 1997, Kart 5/96, WuW/E OLG 5907
Beschluss des BGH vom 8. Dezember 1998, KVR 31/97, WuW/E DE-R 243

70. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378

71. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909

72. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905

73. Herlitz AG/Landré GmbH[4]
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, Kart 8/97

74. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BWM 225

75. Moksel/Südfleisch/Ost-Fleisch GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9
Beschluss des KG vom 29. September 1999, Kart 23/97, WuW/E DE-R 439
Beschluss des BGH vom 8. Mai 2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711

76. Axel Springer Verlag AG/Stilke Buch- und Zeitschriftenhandelsgesellschaft mH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. November 1997, B6-136/96, WuW/E DE-V 1
Beschluss des KG vom 28. Oktober 1998, Kart 26/97, WuW/E DE-R 270
Beschuss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607

77. Verlag Dierichs GmbH & Co. KG/Werra Verlag Kluthe KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Januar 1998, B6-152/96, WuW/E DE-V 19
Beschluss des KG vom 23. Dezember 1998, Kart 13/98, WuW/E DE-R 317, 369
Beschluss des BGH vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668

---

[3] Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

[4] Nachdem das Rechtsbeschwerdeverfahren von den Verfahrensbeteiligten sechs Monate lang nicht weiter betrieben wurde, hat der Bundesgerichtshof die Weglegung der Akten nach § 7 Aktenordnung verfügt. Beim Bundeskartellamt wurde das Verfahren auf dieser Basis 2005 zu den Akten gelegt.

78./79. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/ Zeitungsverlag Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co. KG[5]
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1998, B6-154/96, WuW/E DE-V 40
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1998, Kart 14/98, WuW/E DE-R 336
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 21/99, WuW/E DE-R 613

80. Bertelsmann AG/Premiere Medien GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-72/98, WuW/E DE-V 53

81. PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien GmbH & Co. KG[6]
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53

82. Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98

83. Betonschwellenwerk Coswig GmbH & Co. KG/Pfleiderer AG/Waiss & Freitag AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 21. April 1999, B1-275/98, WuW/E DE-V 145

84. Henkel KGaA/Luhns GmbH
Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99

85. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Januar 2000, B6-118/98
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31. Januar 2001, Kart 5/00, WuW/E DE-R 647
(Auflösungs-)Beschluss des BKartA vom 27. November 2003, B6-51/02, WuW/E DE-V 885

86. Melitta Bentz KG/Airflo Europe N.V./Schultink
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Juni 2000, B1-280/99, WuW/E DE-R 275
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112
Beschluss des BGH vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. Juni 2006, VI-Kart 9/00 (V)

87. Sanacorp/Andreae-Noris Zahn/DG-Bank
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. September 2001, B3-59/01
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Oktober 2002, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1033
Beschluss des BGH vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1987

[5] Im vorliegenden Fall geht es formal um zwei Untersagungen. Mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 und zum 1. Juli 1994 hatte die WAZ Anteilserwerbe an der IKZ durch eine dritte natürliche Person finanziert.

[6] Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

88. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. November 2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Kart 52/01 (V), WuW/E DE-R 1149
Beschluss des BGH vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE R 1419

89. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558

90. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618

91. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695

92. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759

93. E.ON Energie AG/Stadtwerke Eschwege
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 12. September 2003, B8-21/03, WuW/E DE-V 823
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2093
Beschluss des BGH vom 11. November 2008, KVR 18/08, WuW/E DE-R 2451

94. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837

95. Holtzbrinck/Berliner Verlag II
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Februar 2004, B6-120/03, WuW/E DE-V 871
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. April 2004, VI-Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 1361

96. Synthes-Stratec/Mathys
(nach beidseitigen Erledigungserklärungen vom 26. Oktober 2004)
Beschluss des BKartA vom 24. März 2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931

97. Lausitzer Rundschau/Wochenkurier Verlagsgesellschaft
(nach Zurückweisung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. April 2004, B6-81/03, WuW/E DE-V 977
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04 (V), WuW/E DE-R 1390

98. Agrana/Atys
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. April 2004, B2-160/03; WuW/E DE-V 923
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V), WuW/E DE-R 1435

99. Deutsche Bahn/KVS Saarlouis
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V), WuW/E DE-R 1495
Beschluss des BGH vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797

100. Mainova AG/Aschaffenburger Versorungs AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639

101. G+J/RBA
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW/E DE-V 955
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V), WuW/E DE-R 1501
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925

102. DuMont Schauberg/Bonner Zeitungsdruckerei
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1581

103. Leggett & Platt/AGRO
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048

104. Rethmann/Tönsmeier
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW/E DE-R 1625

105. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis und Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. April 2007, VI-Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R 1958
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2008, KVR 26/07

106. S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)
Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135

107. Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04

108. Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel
Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072

109. RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerk Eisenhütte GmbH
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Januar 2006, VI-Kart 14/05 (V), WuW/E DE-R 1654

110. Axel Springer/ProSiebenSat 1 Media
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 1839
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 30/06, WuW/E DE-R 2221
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 2593
Beschluss des BGH vom 8. Juni 2010, KVR 4/09, WuW/E DE-R 3067

111. Süddeutscher Verlag/„Südost-Kurier“
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 26. Januar 2006, B6-138/05, WuW/E DE-V 1191
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. März 2007, VI-Kart 8/06 (V), WuW/E DE-R 1973

112. Coherent/Excel Technology

(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 2006, B7-97/06, WuW/DE-V 1325

113. RWE Energy/Saar Ferngas
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. März 2007, B8-62/06, WuW/E DE-V 1357

114. LBK/Mariahilf
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V)

115. Cargotec/CVS Ferrari
(nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 24. August 2007, B5-51/07, WuW/E DE-V 1442
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 13/07 (V)

116. A-TEC Industries AG/Norddeutsche Affinerie AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462

117. Loose/Poelmeyer u. a.
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08

118. Intermedia/Health & Beauty
Beschluss des BKartA vom 29. August 2008, B6-52/08, WuW/E DE-V 1643

119. Assa Abloy AB/SimonsVoss AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08, WuW/E DE-R 2885

120. Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis
Beschluss des BKartA vom 18. Juni 2009, B3-215/08, WuW/E DE-V 1734
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2010, VI-Kart 6/09 (V)
Beschluss des BGH vom 8. November 2011, KVZ 14/11

121. Magna Car Top Systems GmbH/Karmann GmbH
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. Mai 2010, B9-13/10

122. ProSiebenSat1 Media AG/RTL Interactive GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. März 2011, B6-94/10
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V)

123. GU Haspa Finanzholding/Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg/Kreis Herzogtum Lauenburg
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 2012, B4-51/11

124. Klinikum Worms GmbH/HDV gemeinnützige GmbH
Beschluss des BKartA vom 5. September 2012, B3-43/12

125. Lenzing AG / Kelheim Hygiene Fibres GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. November 2012, B3-64/12

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Mai 2013, VI-Kart 10/12 (V), NZKart 2013, 299-300 = WuW/E DE-R 3943-3946
Beschluss des BGH vom 21. Januar 2014, KVR 38/13, NZKart 2014, 149-151 = WuW/E DE-R 4135-4138

126. Kabel Deutschland Holding AG/Tele Columbus GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2013, B7-70/12

127. Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 2014, B3-135/13

128. Xella International Holdings S.a.r.l./H+H International A/S
Beschluss des BKartA vom 9. März 2011, B1-30/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25. November 2013, VI-Kart 4/12 (V)
Beschluss des BGH vom 23. September 2014, KVZ 82/13

129. Tönnies Holding GmbH & Co. KG/Heinz Tummel GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 16. November 2011, B2-36/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 1. Juli 2015, VI Kart 8/11

17 Beschlüsse wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen

1. Bitumenverkaufsgesellschaft
(nach Änderung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1974, B8-95/73, WuW/E BKartA 1517

2. Mannesmann AG/Brüninghaus Hydraulik GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Mai 1977, B7-86/76, WuW/E BKartA 1685
Beschluss des KG vom 18. Mai 1979, Kart 13/77, WuW/E OLG 2120
Beschluss des BGH vom 24. Juni 1980, KVR 5/79, WuW/E BGH 1711

3. Klöckner-Werke AG/Becorit Grubenausbau GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 1978, B7-20/78, WuW/E BKartA 1831
Beschluss des KG vom 28. August 1979, Kart 4/79, WuW/E OLG 2182
Beschluss des BGH vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749

4. Mobil Oil AG/Wilh. Mertl
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1980, B8-128/80, AG 1981, S. 290

5. Deutsche Total GmbH/Mineralölhandel Speier
Beschluss des BKartA vom 17. August 1981, B8-66/81, TB BKartA 1981/82, S. 41

6. Philip Morris Inc./Rothmans Tobacco Holding Ltd.
(nach Änderung des Zusammenschlusses erneute Untersagung)
Beschluss des BKartA vom 24. Februar 1982, B6-49/81, WuW/E BKartA 1943
Beschluss des KG vom 1. Juli 1983, Kart 16/82, WuW/E OLG 3051
Beschluss des BKartA vom 9. Juli 1985, B6-71/85, WuW/E BKartA 2204
Beschluss des BGH vom 29. Oktober 1985, KVR 1/84, WuW/E BGH 2211

7. Metro Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG/Kaufhof AG
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1983, B9-2056/82, WuW/E BKartA 2060
Beschluss des KG vom 16. Oktober 1984, Kart 14/83, WuW/E OLG 3367
Beschluss des BGH vom 11. März 1986, KVR 2/85, WuW/E BGH 2231

8. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis; Beschwerde eingelegt, aber zurückgenommen nach Erklärung des Bundeskartellamtes, aus dem Untersagungsbeschluss keine Rechte mehr geltend zu machen)
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178

9. Badenwerk AG/Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG – Gasversorgung
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1985, B8-236/84, AG 1985, S. 337

10. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis wegen Formfehlers; Beschwerde eingelegt; Untersagung zurückgenommen)
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185

11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG[7]
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 19. Mai 1987, B6-88/86, AG 1987, S. 354

12. Messer Griesheim GmbH/Buse Gase GmbH
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 2. August 1988, B3-35/88, WuW/E BKartA 2319

13. Nordfleisch e. G. Raiffeisen Vieh- und Fleischzentrale Schleswig-Holstein/Centralgenossenschaft Vieh und Fleisch e. G.
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 30. November 1989, B2-75/89, WuW/E BKartA 2428

14. Axel Springer Verlag AG/Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 1990, B6-56/89, WuW/E BKartA 2497

15. Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßen-baustoffe/H + W Asphalt-Mischwerke GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1990, B1-104/88, WuW/E BKartA 2488

16. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/Ostthüringer Nachrichten Verlag GmbH & Co.KG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 1990, B6-103/90, WuW/E BKartA 2483

17. Gebr. Gerstenberg GmbH & Co./Druckerei und Verlag E. Jungfer GmbH & Co. KG- Sarstedter Kurier-Kreisanzeiger
(Rücknahme der Beschwerde, Erledigungserklärung durch das Bundeskartellamt)
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 1994, B6-153/92, WuW/E BKartA 2641

31 Verfügungen wurden rechtskräftig aufgehoben

1. Johnson/Hahn
Beschluss des BKartA vom 18. November 1974, B8-259/74, WuW/E BKartA 1561
Beschluss des KG vom 16. Februar 1976, Kart 4/75, WuW/E OLG 1712

---

[7] Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten 1986/1987, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

2. Teerbau/Makadam
   (nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
   Beschluss des BKartA vom 24. Mai 1978, B6-108/77, WuW/E BKartA 1753
   Beschluss des KG vom 10. Januar 1979, Kart 17/78, WuW/E OLG 2093
   Beschluss des BGH vom 12. Februar 1980, KVR 4/79, WuW/E BGH 1763
   Beschluss des KG vom 9. Dezember 1981, Kart 13/80, WuW/E OLG 2633

3. RWE/Stadt Leverkusen
   Beschluss des BKartA vom 30. Juni 1978, B8-78/77, WuW/E BKartA 1727
   Beschluss des KG vom 19. September 1979, Kart 20/78, WuW/E OLG 2202

4. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Transportbeton-Vertrieb Sauerland GmbH
   (nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
   Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-184/77, WuW/E BKartA 1771
   Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 25/78, WuW/E OLG 2265
   Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
   Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655

5. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Verkaufsbüro Siegerländer Transportbeton GmbH & Co. KG
   (nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
   Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-172/77, WuW/E BKartA 1779
   Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 24/78, WuW/E OLG 2259
   Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
   Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655

6. Tonolli International B.V./Blei- und Silberhütte Braubach GmbH
   Beschluss des BKartA vom 30. März 1979, B8-137/78, WuW/E BKartA 1799
   Beschluss des KG vom 16. Januar 1980, Kart 14/79, WuW/E OLG 2234
   Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 5/80, WuW/E BGH 1824

7. Braun Melsungen AG/Almo-Erzeugnisse Erwin Busch GmbH
   Beschluss des BKartA vom 24. Juni 1980, B8-45/79, WuW/E BKartA 1853
   Beschluss des KG vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539
   Beschluss des BGH vom 29. Juni 1982, KVR 7/81, WuW/E BGH 1949

8. Hastra Hannover-Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Veba)/ Stadt Wolfenbüttel GmbH
   Beschluss des BKartA vom 29. Juli 1980, B8-132/79, WuW/E BKartA 1857
   Beschluss des KG vom 16. Juni 1981, Kart 15/80, WuW/E OLG 2507

9. Bayer AG/Firestone France S.A.
   Beschluss des BKartA vom 23. September 1980, B8-45/80, WuW/E BKartA 1837
   Beschluss des KG vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2411

10. Deutsche Texaco AG/Zerssen & Co.
    Beschluss des BKartA vom 28. Oktober 1980, B8-50/80, WuW/E BKartA 1840
    Beschluss des KG vom 2. Juli 1982, Kart 21/80, WuW/E OLG 2663
    Beschluss des BGH vom 4. Oktober 1983, KVR 3/82, WuW/E BGH 2025

11. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG/Gelsenwasser AG
    Beschluss des BKartA vom 5. Dezember 1980, B8-136/80, AG 1981, S. 314
    Beschluss des KG vom 14. April 1982, Kart 23/80, WuW/E OLG 2677
    Beschluss des BGH vom 19. April 1983, KVR 1/82, WuW/E BGH 2013

12. Maschinenfabrik Buckau R. Wolf AG (Krupp)/Total-Kidde Gaslöschanlagen
    Beschluss des BKartA vom 31. März 1981, B7-92/80, WuW/E BKartA 1882
    Beschluss des KG vom 30. März 1983, Kart 25/81, WuW/E OLG 2887

13. Hussel Holding AG/Mara Kosmetik Parfümerie- und Drogerie GmbH
    Beschluss des BKartA vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897
    Beschluss des KG vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577
    Beschluss des BGH vom 18. November 1986, KVR 9/85, WuW/E BGH 2337

14. Verlagsgruppe Georg v. Holtzbrinck GmbH/Rowohlt Verlag GmbH
    Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1981, B6-76/81, AG 1982, S. 79
    Beschluss des KG vom 13. Oktober 1982, Kart 51/81, WuW/E OLG 2825

15. Co op Schleswig-Holstein e.G./Deutscher Supermarkt Handels-GmbH
    Beschluss des BKartA vom 23. August 1983, B9-2037/82, WuW/E BKartA 2114
    Beschluss des KG vom 22. Mai 1985, Kart 21/83, WuW/E OLG 3591
    Beschluss des BGH vom 24. März 1987, KVR 10/85, WuW/E BGH 2389

16. Thüringer Gas AG/Stadtwerke Westerland
    Beschluss des BKartA vom 9. September 1983, B8-79/83, WuW/E BKartA 2110
    Beschluss des KG vom 18. Februar 1985, Kart 24/83, WuW/E OLG 3469

17. Energie-Versorgung Schwaben AG/Technische Werke der Stadt Stuttgart AG
    Beschluss des BKartA vom 23. März 1984, B8-91/83, WuW/E BKartA 2157
    Beschluss des KG vom 28. Dezember 1984, Kart 6/84, WuW/E OLG 3443

18. Co op AG/H. Wandmaker GmbH
    Beschluss des BKartA vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161
    Beschluss des KG vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917

19. Axel Springer Verlag + Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG/ Kieler Zeitung, Verlags- und Druckerei KG GmbH & Co
    Beschluss des BKartA vom 29. April 1987, B6-111/86, WuW/E BKartA 2259
    Beschluss des KG vom 4. Dezember 1987, Kart 32/87, WuW/E OLG 4075
    Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1989, KVR 2/88, WuW/E BGH 2620

20. Flensburger Zeitungsverlag GmbH/Schleswig-Holsteinische Landeszeitung Heinz Müller KG
    Beschluss des BKartA vom 20. Mai 1988, B6-30/87, WuW/E BKartA 2292
    Beschluss des KG vom 1. März 1989, Kart 14/88, WuW/E OLG 4379

21. Linde AG/Lansing GmbH
    Beschluss des BKartA vom 3. März 1989, B4-123/88, WuW/E BKartA 2363
    Beschluss des KG vom 22. März 1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537
    Beschluss des BGH vom 10. Dezember 1991, KVR 2/90, WuW/E BGH 2731

22. Kaufhof AG/Saturn Elektro-Handelsgesellschaft mbH- Hansa-Foto Handelsgesellschaft
    Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1989, B9-2050/88, WuW/E BKartA 2437
    Beschluss des KG vom 26. Oktober 1990, Kart 29/89, WuW/E OLG 4657
    Beschluss des BGH vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771

23. Radio Ton-Regional/Lokalradio Services
    (nach Rückverweisung durch den BGH erneut vom OLG Düsseldorf aufgehoben)
    Beschluss des BKartA vom 23. April 2004, B6-56/03, WuW/E DE-V 1011
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Oktober 2004, VI-Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1413
    Beschluss des BGH vom 7. November 2006, KVR 39/05, WuW/E DE-R 1890
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2008, VI Kart 14/04 (V)

24. G+J/Lizenz für National Geographic
    Beschluss des BKartA vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW/E DE-V 947
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW/E DE-R 1504
    Beschluss des BGH vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979

25. MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG
    Beschluss des BKartA vom 27. Oktober 2005, B6-86/05, WuW/E DE-V 1135
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2006,VI-Kart 18/05 (V), WuW/E DE-R 1805

26. DuPont/Pedex
    Beschluss des BKartA vom 15. März 2006, B3-136/05, WuW/E DE-V 1247
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881

27. Sulzer/Kelmix
    Beschluss des BKartA vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1163
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931
    Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133

28. Phonak/GN ReSound
    (nach Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz und (Fortsetzungsfeststellungs-)Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Aufhebung des Untersagungsbeschlusses durch den Bundesgerichtshof)
    Beschluss des BKartA vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/DE-V 1365
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2069
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477
    Beschluss des BGH vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905

29. Faber/BAG/AML
    (nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben)
    Beschluss des BKartA vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW/E DE-V 1507
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18-07
    Beschluss des BGH vom 14. Oktober 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2507
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW/E DE-R 2622

30. LRP/Lotto Rheinland-Pfalz
    Beschluss des BKartA vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2304

31. Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall
    Beschluss des BKartA vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1071
    Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V), WuW/E DE-R 3173

Neun Untersagungsfälle wurden vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder unter Auflagen genehmigt[8]

1. Veba/Gelsenberg
   Beschluss des BKartA vom 7. Januar 1974, B8-33/73, WuW/E BKartA 1457
   Verfügung des BMWi vom 1. Februar 1974, WuW/E BWM 147

2. Babcock/Artos
   Beschluss des BKartA vom 25. März 1976, B7-127/75, WuW/E BKartA 1653
   Verfügung des BMWi vom 17. Oktober 1976, WuW/E BWM 155 (Erlaubnis mit Auflagen)

---

[8] Vgl. nächste Fn.

3. Rheinstahl (Thyssen)/Hüller
   Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 1976, B7-36/76, WuW/E BKartA 1657
   Verfügung des BMWi vom 1. August 1977, WuW/E BWM 159 (Teilerlaubnis)
   Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 2/77, WuW/E OLG 1921
   Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 15/77, WuW/E OLG 1937

4. BP/Veba
   Beschluss des BKartA vom 27. September 1978, B8-92/78, WuW/E BKartA 1719
   Verfügung des BMWi vom 5. März 1979, WuW/E BWM 165 (Erlaubnis mit Auflagen)

5. IBH Holding/Wibau Maschinenfabrik Hartmann AG
   Beschluss des BKartA vom 3. Juli 1981, B7-44/80, WuW/E BKartA 1892
   Verfügung des BMWi vom 9. Dezember 1981, WuW/E BWM 177

6. Daimler-Benz AG/Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH
   Beschluss des BKartA vom 17. April 1989, B7-137/88, WuW/E BKartA 2335
   Verfügung des BMWi vom 6. September 1989, WuW/E BWM 191 (Erlaubnis mit Auflagen)

7. E.ON/Ruhrgas[9]
   Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2002, B8-109/01 (E.ON/Gelsenberg), WuW/E DE-V 511
   Beschluss des BKartA vom 26. Februar 2002, B8-149/01(E.ON/Bergemann), WuW/E DE-V 533
   Verfügung des BMWi vom 5. Juli 2002, WuW/E DE-V 573
   Verfügung des BMWi vom 18. September 2002 (modifiziert), WuW/E DE-V 643 (Erlaubnis mit Auflagen)

8. Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast[10]
   Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06
   Verfügung des BMWi vom 17. April 2008, WuW/E DE-V 1691
   Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07 (V)

9. Edeka/Kaiser's Tengelmann
   Beschluss des BKartA vom 31. März 2014, B2-96/14
   Verfügung des BMWi vom 9. März 2016, I B 2 – 220850/01

In sechs Fällen wurde die Ministererlaubnis versagt

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. Kaiser/Preussag Aluminium
   Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
   Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BWM 149)

2. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG- BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
   Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
   Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185

---

[9] Die beiden Fälle E.ON/Gelsenberg und E.ON/Bergemann wurden zu einem Ministererlaubnisverfahren (E.ON/Ruhrgas) zusammengefasst. In der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse von 181 sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

[10] Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bun-deskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Ministererlaubnis ist im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens bestandskräftig geworden. Daraufhin haben die Beschwerdeführerin und das Bundeskartellamt die Beschwerde übereinstimmend für erledigt erklärt.

3. MAN B&W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
   Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
   Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BWM 207

4. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
   Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
   Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BWM 213

5. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
   Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
   Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BWM 225

6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt[11]
   Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
   Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

In sieben Fällen wurden die Anträge auf Ministererlaubnis zurückgenommen

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. GKN/Sachs
   Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
   Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
   Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501

2. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
   Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
   Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
   Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150

3. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
   Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921

4. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
   Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178

5. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
   Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445

6. Holtzbrinck/Berliner Verlag
   Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695

7. LBK Hamburg/Mariahilf
   Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

[11] Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Die anschließende Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der Fall wird daher bei den rechtskräftigen Untersagungen unter der Nr. 105 aufgeführt.

Gegen eine Untersagung und eine Ministererlaubnis laufen Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht

1. Edeka/Kaiser's Tengelmann
   Beschluss des BKartA vom 31. März 2015, B2-96/14. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, VI-Kart 5/16 (V). Des Weiteren wurde Beschwerde gegen die Ministererlaubnis beim OLG Düsseldorf eingelegt. Daneben wurde im Eilverfahren beantragt, die Ministererlaubnis zunächst außer Kraft zu setzen. Diesem Antrag hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 12. Juli 2016, VI-Kart 3/16 (V), entsprochen. Im Hauptverfahren hat das OLG Düsseldorf noch zu entscheiden, VI-Kart 4/16 (V) (Hauptverfahren).

E. Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten

BAUM, Clemens/MÖLLER, Hans-Hermann:
Die Messung der Unternehmenskonzentration und ihre statistischen Voraussetzungen in der Bundesrepublik Deutschland. Meisenheim a. Glan: Hain 1976. (Wirtschaftswissenschaftliche Schriften. H. 11.)

MARFELS, Christian:
Erfassung und Darstellung industrieller Konzentration. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1977. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 52.)

MÖNIG, Walter u. a.:
Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft. München: Oldenbourg 1977. (Aktuelle Fragen der Energiewirtschaft. Bd. 10.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Das Trennsystem in der U.S.-amerikanischen Bankwirtschaft. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1978. (Studien zum Bank- und Börsenrecht. Bd. 3.)

OBERHAUSER, Alois:
Unternehmenskonzentration und Wirksamkeit der Stabilitätspolitik. Tübingen: Mohr 1979. (Wirtschaft und Gesellschaft. 13.)

PISCHNER, Rainer:
Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Einflüssen der Unternehmenskonzentration auf industrielle Kennziffern. Berlin: Duncker & Humblot 1979. (DIW-Beiträge zur Strukturforschung. H. 56.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika. In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 44, 1980, S. 203-256.

ALBACH, Horst:
Finanzkraft und Marktbeherrschung. Tübingen: Mohr 1981.

DIRRHEIMER, Manfred/Wagner, Karin/Hübner, Thomas:
Vertikale Integration in der Mineralöl- und Chemischen Industrie. Meisenheim a. Glan: Hain 1981. (Sozialwissenschaft und Praxis. Bd. 28.)

KNIEPS, Günter/MÜLLER, Jürgen/VON WEIZSÄCKER, Carl Christian:
Die Rolle des Wettbewerbs im Fernmeldebereich. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 69.)

SCHOLZ, Rupert:
Entflechtung und Verfassung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 68.)

PIETZKE, Rudolf:
Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Köln u. a.: Heymanns 1983. (Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz. Bd. 58.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Konglomerate Zusammenschlüsse in den Vereinigten Staaten seit 1979. In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 48, 1984, S. 552-577.

SANDROCK, Otto:
Vertikale Konzentrationen im USamerikanischen Antitrustrecht unter besonderer Berücksichtigung der Reagan-Administration. Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1984. (Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft. Bd. 25.)

DONGES, Juergen B./SCHATZ, Klaus-Werner:
Staatliche Interventionen in der Bundesrepublik Deutschland. Kiel: Institut für Weltwirtschaft 1986. (Kieler Diskussionsbeiträge. 119/120.)

PFAB, Reinhard/TONNEMACHER, Jan/SEETZEN, Jürgen:
Technische Entwicklung und der Strukturwandel der Massenmedien. Berlin: Heinrich-Hertz-Institut für Nachrichtentechnik 1986. (Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Arbeitsberichte des Heinrich-Hertz-Instituts für Nachrichtentechnik. 1986/8.)

RÖPER, Horst:
Stand der Verflechtung von privatem Rundfunk und Presse 1986. In: Media Perspektiven 5/1986, S. 281-303.

FINSINGER, Jörg:
Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten. München: Florentz 1988. (Law and Economics. Bd. 9.)

HÜBNER, Ulrich:
Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1988. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 96.)

KÜBLER, Friedrich/SCHMIDT, Reinhard H.:
Gesellschaftsrecht und Konzentration. Berlin: Duncker & Humblot 1988. (Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts. Bd. 3.)

ULLRICH, Hanns:
Kooperative Forschung und Kartellrecht. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1988. (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. H. 61.)

BASEDOW, Jürgen:
Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten. Heidelberg: Müller 1989. (Augsburger Rechtsstudien. Bd. 5.)

BÜHNER, Rolf:
Die fusionskontrollrechtliche Bedeutung der Finanzkraft. In: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 39, 1989, S. 277-284.
FWU Forschungsgesellschaft für Wettbewerb und Unternehmensorganisation M.b.H. (Hrsg.): Versicherungsmärkte im Wettbewerb. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1989.

HAMM, Walter:
Deregulierung im Verkehr als Aufgabe. München: Minerva Publ. 1989. (Studien des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz. 36.)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim u. a.:
Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1990. (Law and Economics of International Telecommunications. Vol. 15.)

ESCH, Bastiaan van der:
Die Artikel 5, 3f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 1991, S. 274-299.

BACH, Albrecht:
Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht. Tübingen: Mohr 1992. (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 72.)

BLETSCHACHER, Georg/KLODT, Henning:
Strategische Handelspolitik und Industriepolitik. Tübingen: Mohr 1992. (Kieler Studien. 244.)

BURKERT, Thomas O.J.:
Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1992. (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 122.)

SEUFERT, Wolfgang:
Die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Hörfunk- und Fernsehmärkten der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot 1992. (Beiträge zur Strukturforschung. H. 133.)

TÄGER, Uwe Christian u. a.:
Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern. Berlin/München: Duncker & Humblot 1994. (Struktur und WachstuM. Reihe Absatzwirtschaft. H. 14.)

REUTER, Dieter:
Möglichkeiten und Grenzen einer Auflösung des Tarifkartells. In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jg. 26, 1995, S. 1-94.

ENGEL, Christoph:
Medienordnungsrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996. (Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 28.)

KÖHLER, Helmut:
Zur Reform des GWB. In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 42, 1996, S. 835-848.

BASEDOW, Jürgen:
Weltkartellrecht. Tübingen: Mohr 1998. (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Bd. 63.)

FREDEBEUL-KREIN, Markus/SCHÜRFELD, Angela:
Marktzutrittsregulierungen im Handwerk und bei technischen Dienstleistungen. Köln: Institut für Wirtschaftspolitik 1998. (Untersuchungen zur Wirtschaftspolitik.112.)

MEYER, Dirk:
Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege. Berlin: Duncker & Humblot 1999. (Volkswirtschaftliche Schriften. H. 486.)

STUMPF, Ulrich/SCHWARZ-SCHILLING, Cara (unter Mitarb. von Wolfgang Kiesewetter):
Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten. Bad Honnef: wik 1999. (Diskussionbeiträge des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste. Nr. 197.)

KLEINERT, Jörn/KLODT, Henning:
Megafusionen. Tübingen: Mohr 2000. (Kieler Studien. 302.)

STREIT, Manfred E./KIWITT, Daniel:
Zur Theorie des Systemwettbewerbs. In: Manfred Streit/Michael Wohlgemuth (Hrsg.): Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Contributiones Jenenses. Bd. 7, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, S. 13-48.

WOLL, Artur:
Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb. Berlin: Duncker & Humblot 2001. (Abhandlungen zu Bildungsforschung und Bildungsrecht. Bd. 10.)

ABERLE, Gerd/EISENKOPF, Alexander:
Schienenverkehr und Netzzugang. Hamburg: Deutscher Verkehrs-Verlag 2002. (Giessener Studien für Transportwirtschaft und Kommunikation. Bd.18.)

ENGEL, Christoph:
Verhandelter Netzzugang. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002. (Common Goods: Law, Politics and Economics. Vol. 7.)

VEELKEN, Winfried:
Die Abgrenzung zwischen Strukturauflage und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und bei der Ministererlaubnis. In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 49, 2003, S. 692-724.

GERKE, Wolfgang/SCHWINTOWSKI, Hans-Peter:
Alterssicherung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004. (Versicherungswissenschaftliche Studien. Bd. 27.)

VOGELSANG, Ingo:
Resale und konsistente Entgeltregulierung. Bad Honnef: wik Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 2005. (wik Diskussionsbeiträge. Nr. 269.)

EHRICKE, Ulrich:
Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

ENGEL, Christoph:
Paketvermittelte Telefonie. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006. (Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 55.)

EISENKOPF, Alexander/KNORR, Andreas (Hrsg.):
Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik. Berlin: Duncker & Humblot 2008. (Schriftenreihe der Hochschule Speyer. Bd. 189.)

HÖFFLER, Felix:
Engpassmanagement und Anreize zum Netzausbau im leitungsgebundenen Energiesektor. Baden-Baden 2009. (Common Goods: Law, Politics, and Economics. Vol. 20.)

LADEMANN, Rainer P.:
Marktstrategien und Wettbewerb im Lebensmittelhandel. Göttingen 2012. (Göttinger Handelswissenschaftliche Schriften e.V. Bd. 78)

KOETTER, Michael:
Market structure and competition in German banking. Frankfurt am Main 2014.

GRIMM, Veronika/ZÖTTEL, Gregor/RÜCKEL, Bastian/SÖLCH, Christian:
Regionale Preiskomponenten im Strommarkt. Nürnberg 2015.

Die hier aufgeführten Veröffentlichungen stimmen größtenteils nicht mit der im Auftrag der Monopolkommission erstellten Fassung überein. Es handelt sich überwiegend um überarbeitete, gekürzte bzw. erweiterte oder zusammmenfassende Darstellungen. In Einzelfällen sind Teile der für die Monopolkommission erstellten Untersuchungen in umfangreichere Veröffentlichungen eingeflossen.

F. Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

Sondergutachten 1:	Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
Sondergutachten 2:	Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
Sondergutachten 3:	Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
Sondergutachten 4:	Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
Sondergutachten 5:	Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
Sondergutachten 6:	Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
Sondergutachten 7:	Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
Sondergutachten 8:	Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
Sondergutachten 9:	Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.

Sondergutachten 10:	Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
Sondergutachten 11:	Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
Sondergutachten 12:	Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
Sondergutachten 13:	Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
Sondergutachten 14:	Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
Sondergutachten 15:	Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
Sondergutachten 16:	Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke West-falen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
Sondergutachten 17:	Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
Sondergutachten 18:	Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
Sondergutachten 19:	Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
Sondergutachten 20:	Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
Sondergutachten 21:	Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
Sondergutachten 22:	Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
Sondergutachten 23:	Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
Sondergutachten 24:	Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
Sondergutachten 25: Salz	Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
Sondergutachten 26:	Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
Sondergutachten 27:	Systemwettbewerb. 1998.
Sondergutachten 28:	Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
Sondergutachten 29:	Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
Sondergutachten 30:	Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
Sondergutachten 31:	Reform der Handwerksordnung. 2002.
Sondergutachten 32:	Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
Sondergutachten 33:	Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
Sondergutachten 34:	Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
Sondergutachten 35:	Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
Sondergutachten 36:	Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.

Sondergutachten 37:	Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
Sondergutachten 38:	Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
Sondergutachten 39:	Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
Sondergutachten 40:	Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
Sondergutachten 41:	Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
Sondergutachten 42:	Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
Sondergutachten 43:	Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
Sondergutachten 44:	Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
Sondergutachten 45:	Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
Sondergutachten 46:	Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
Sondergutachten 47:	Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
Sondergutachten 48:	Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
Sondergutachten 49:	Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
Sondergutachten 50:	Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
Sondergutachten 51:	Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
Sondergutachten 52:	Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
Sondergutachten 53:	Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
Sondergutachten 54:	Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
Sondergutachten 55:	Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
Sondergutachten 56:	Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
Sondergutachten 57:	Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
Sondergutachten 58:	Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
Sondergutachten 59:	Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
Sondergutachten 60:	Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
Sondergutachten 61:	Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
Sondergutachten 62:	Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
Sondergutachten 63:	Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
Sondergutachten 64:	Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.

Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.

Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.

Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren! 2014.

Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte. 2015.

Sondergutachten 69: Bahn 2015: Wettbewerbspolitik aus der Spur? 2015.

Sondergutachten 70: Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH. 2015.

Sondergutachten 71: Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende. 2015.

Sondergutachten 72: Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen. 2015.

Sondergutachten 73: Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel. 2016.

Sondergutachten 74: Post 2015: Postwendende Reform – Jetzt! 2016.

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Die Sondergutachten 4 bis 6, 10 und 12, 15 und 16, 41 und 42, 46 und 48 sowie 52 und 53 wurden jeweils in einem Band zusammengefasst. Das Sondergutachten 17 liegt auch in einer englischen und in einer französischen Fassung vor, die Sondergutachten 28, 32 und 68 zusätzlich in einer englischen Fassung.



Satz: Satzweiss.com Print, Web, Software GmbH, Mainzer Straße 116, 66121 Saarbrücken, www.satzweiss.com
Druck: Printsystem GmbH, Schafwäsche 1-3, 71296 Heimsheim, www.printsystem.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333